Die Verpflichtungen des Verkäufers einer Forderung und eines dinglichen Nutzungsrechtes (Erbbaurecht oder Dienstbarkeit) nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der

Juristenfakultät der Landes-Universität Rostock

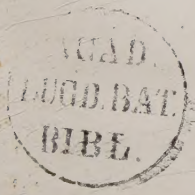
zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Bernhard Snethlage

Gerichtsreferendar.



Rostock

H. Winterberg's Buchdruckerei

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0028

Meiner lieben Schwiegermutter

in dankbarer Verehrung gewidmet.

Litteraturverzeichnis.

Dernburg: Pandekten I. und II. 6. Aufl. Berlin 1900.

Windscheid-Kipp: Pandekten I. und II. Frankfurt 1900.

Sintenis: Civilrecht I. und II. 2. Aufl. Leipzig 1860, 1861.

Baron: Pandekten. 9. Aufl. Leipzig 1896.

Seuffert: Pandekten I. und II.

Puchta: Pandekten 10. Aufl. Leipzig 1866.

Brinz: Pandekten II., 2, 2. Aufl. Erlangen 1882.

Arndts: Pandekten. 14. Aufl. Stuttgart 1889.

v. Keller: Pandekten II. 2. Aufl. Leipzig 1867.

Glück: Pandekten Bd. 9, 16, 20.

Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843.

Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840.

Mühlenbruch: Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. Greifswald 1836.

Schliemann: Haftung des Cedenten. Rostock 1848.
Koch: Lehre vom Übergang der Forderungsrechte. Breslau 1837.
Schmidt: Grundlehren der Cession. Braunschweig 1866.
Römer: Leistung an Zahlungsstatt.
Wächter: Superficiar- und Platzrecht in Sammlung von Abhandlungen der Juristenfakultät zu Leipzig Bd. I Leipzig 1868.
Westphal: Lehre vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzinskontrakt 1807.
Bechmann: Kauf II,1. Erlangen 1884.
Arndts: Gesammelte civilistische Schriften Bd. I. Stuttgart 1873.
Windscheid: Die actio des röm. Civilrechts. Düsseldorf 1856.
Hartmann: Die Obligation. Erlangen 1876.
Dernburg: Pfandrecht. Leipzig 1860.
Dernburg d. Ältere: In Linde's Zeitschrift II.
Elvers: Die röm. Servitutenlehre. Marburg 1856.
Siebeneicher: Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Niessbraucher die Ausübung des Niessbrauchs übertragen hat. Erlangen 1898.
Entscheidungen des Reichsgerichts: Bd. VIII, IX.
Seuffert's Archiv: Bd. II, V, XI, XIII, XVI, XXII, XXIX, XXXVII, XXXIII, XXXXII.
Buchka u. Budde: Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock Bd. V.
Motive: Zum Entwurf des BGB.
Protokolle zum Entwurf des BGB.

Planck: BGB. nebst Einführungsgesetz.
II. Recht der Schuldverh. 1. u. 2. Aufl. 1900
III. Sachenrecht 1. u. 2. Aufl. 1901, 1902.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht.
II. Recht der Schuldverh. 1. und 2. Aufl. Halle 1899, 1901
III. Sachenrecht Halle 1901.
Oertmann: Recht der Schuldverh. Berlin 1899.
Cosack: Deutsches bürgerl. Recht. 2. Aufl. Jena 1899.
Endemann: Einführung in das Studium des BGB. 6. Aufl. Bd. I, II. Berlin 1899.
Biermann: Kommentar zum BGB. — Sachenrecht Berlin 1898.
Staudinger: BGB. II. u. III. München 1901.
Crome: System des BGB. II u. III. Tübingen und Leipzig 1902.
Haidlen: BGB. II. Recht d. Schuldverh. Stuttgart 1897.
Scherer: Recht d. Schuldverh. des BGB. Erlangen 1898.
Meissner: Recht d. Schuldverh. Breslau 1898.
Bernhöft: Kauf, Miethe und verwandte Verträge in dem Entwurf eines BGB. 1889 in Bekker u. Fischer: Beiträge Heft 12.
v. Blume: Übertragnng des Niessbrauchs. In Jhering's Jahrb. Bd. 34. 1895.
Haase: Zur Lehre v. d. Übertragung des Niessbrauchs. In Jhering's Jahrb. Bd. 36. 1896.
Schulhof: Die Gewährleistung für Rechtsmängel beim Kauf nach BGB. Osnabrück 1899.
Dollinger: Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht. Stuttgart 1901.

§ 1.

Der Gegenstand eines Kaufes, das Kaufobjekt, kann von verschiedener Art sein. In den gewöhnlichsten und im Verkehrsleben am häufigsten vorkommenden Fällen wird es sich um den Verkauf von körperlichen Sachen handeln, doch können im Gegensatz hierzu auch Rechte den Gegenstand eines Kaufes bilden. Dieselben unterliegen jedoch beim Verkauf in vielen Beziehungen einer anderen Behandlung als die körperlichen Sachen, und zwar vorzugsweise bezüglich der gegenseitigen Verpflichtungen der Vertragsgegner.

Unter den Rechten — bei den Römern unter res incorporales, im BGB., welches den Unterschied zwischen res corporalis und incorporalis aufgegeben hat, unter den Begriff »Gegenstand« fallend — auf die wir in Folgendem unser Augenmerk zu richten haben, wollen wir die Forderungen und die dinglichen Nutzungsrechte hervorheben. Es soll dargestellt werden, welcher Art die Verpflichtungen des Verkäufers beim Verkaufe eines derartigen Rechtes sind, und zwar wollen wir dies im ersten Teile unserer Ausführung bezüglich der dinglichen Nutzungsrechte, unter denen wir das Erbbaurecht und die Dienstbarkeiten hervorzuheben haben, untersuchen.

I. Teil.

§ 2.

Bevor wir auf die Verpflichtungen des Verkäufers einer Forderung näher eingehen, müssen wir erst die Frage beantworten, ob und in welcher Weise eine Forderung Gegenstand eines Verkaufs sein kann.

Schon im römischen Recht, wenigstens in späterer Zeit, wo die Zession als solche anerkannt ist, ist die Übertragung der Forderungen durch Kauf allgemein bekannt und im 4. Titel des 18. Buches der Digesten als emptio nominis dargestellt. Im modernen gemeinen Recht[1] ist die Übertragung einer bestehenden Forderung durch Kauf allgemein gang und gebe, und ein unentbehrliches Rechtsinstitut des Verkehrslebens geworden. Das BGB. behandelt den Verkauf von bestehenden Forderungen in der Lehre vom Kauf im Gegensatz zum Sachkauf. Natürlich gilt dies überall nur für solche Forderungen, deren Übertragbarkeit nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, wie z. B. unpfändbare, familienrechtliche etc.[2]

---

[1])S. Windscheid: Pand II S. 585[4] Dernburg: Pand II. S 255. Baron: Pand S. 520. Sintenis: Civilrecht II. S. 606.

[2]) vgl. Crome II S. 406.

Andrerseits könnte man aber auch in der Begründung eines Forderungsrechtes gegen Entgelt ein kaufartiges Rechtsgeschäft erblicken. Diese Auffassung ist aber praktisch nicht durchführbar. Denn mit Bechmann[3] ist ein derartiger Vorgang nicht als Kauf einer Forderung aufzufassen, da sonst jeder Vertrag, bei dem eine Leistung in Geld besteht, wie z. B. die Miethe, ein Versicherungsvertrag, der Kauf einer Fahrkarte etc. ein Kaufkontrakt wäre. »Wir brauchten alsdann nach einem Kaufobjekt überhaupt nicht mehr zu fragen; es ist aber nicht die Forderung, sondern das Objekt derselben für den Charakter des Geschäftes bestimmend.« Hierbei ist noch die Frage zu erledigen, ob der Verkauf von Inhaberpapieren unter denjenigen von Forderungen zu stellen ist. Das Inhaberpapier hat eine Doppelnatur, indem es sowohl Sache als auch Träger einer Forderung ist. Bei unserer heutigen Verkehrsauffassung aber ist es in der Behandlung allmählig der Sache ganz gleichgestellt worden, und wird daher auch im BGB. in den meisten Fällen wie eine solche behandelt. Auch Bechmann[4] ist der Ansicht, dass die Weiterveräusserung der Inhaberpapiere Verkauf des Papiers als Werthträger und nicht Zession der Forderung ist.« Dies geht insbesondere auch daraus hervor, dass die Übertragung des in demselben verkörperten Rechtes nicht in der für Forderungen geltenden Form der Cession sondern durch Übergabe des

---

[3]) Bechmann) Kauf II, 1 S. 135.
[4]) Bechmann Kauf II. 1 S. 136.

Papiers erfolgt. Wir können daher im Folgenden von einer Behandlung der Inhaberpapiere absehen.

§ 3.

Der Verkäufer einer Forderung ist auf Grund des Kaufvertrags zur Cession der Forderung verpflichtet, und zwar wird in der Regel die Cession äusserlich mit dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, also hier dem Kaufvertrage, zusammenfallen[1], sodass man sagen kann: Der Verkauf der Forderung vollzieht sich in der Form der Cession. Allerdings ist der Gegenstand der Cession nur der persönliche Anspruch, der übertragen wird, dieser stellt aber das Forderungsrecht selbst dar, und es geht daher im Gegensatz zu der unten zu behandelnden Cession der dinglichen Rechte hier durch Abtretung des persönlichen Anspruchs das Forderungsrecht auf den Cessionar über.

Der Verkäufer hat daher zunächst aus der Cession dem Käufer gegenüber Verpflichtungen. Als Cedent ist er in erster Linie verpflichtet, dem Käufer über den Kaufgegenstand genaue Auskunft zu geben und wie Dernburg[2] sagt, »dem Cessionar zur Realisierung der Forderung den verkehrsüblichen Beistand zu leisten.« In den Quellen heisst es hierüber l. 6. Dig. 18, 4: Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet; und in l. 14 pr. Dig. 18, 4: Qui filii familias nomina vendidit, actiones quoque quae cum patre habet,

[1]) vgl. Oertmann R. d. Sch. S. 153.
[2]) Dernburg: Pand II. S. 146.

praestare debet. Ebenso auch Hermogenian in l. 23. pr, Dig. 18, 4: Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius quod ex ea causa ei competit . . . . . cedere debet. Hiernach muss der Verkäufer, abgesehen davon, dass er die Geltendmachung der Forderung durch den Käufer auf keinen Fall vereiteln darf, einerseits alle Beweismittel der Forderung selbst, wie z. B. Schuldurkunden u. s. w. und vor allem die ihm inbetreff des Gegenstandes zustehenden Klagerechte etc. an den Käufer abtreten, und ihn überhaupt über alle die Geltendmachung und den Wert der Forderung beeinflussenden Umstände unterrichten, sodass dieser in dieselbe Lage wie der Verkäufer gesetzt wird, um sein Recht geltend machen zu können. Andrerseits muss der Käufer aber nöthigenfalls auch die Abtretung der Forderung beweisen können. Auf Verlangen hat der Verkäufer daher dem Käufer auf dessen Kosten eine schriftliche Urkunde über die Cession auszustellen. Schliesslich muss er auch sämtliche Sicherungsmittel der cedierten Forderung, insbesondere etwaige zur Forderung gehörige Faustpfänder, welche schon ipso iure mit der Forderung übergehen, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, aushändigen.

Diese Verpflichtungen sind im modernen gemeinen Recht allgemein anerkannt.[3] Wenn also A. seine ihm gegen B. zustehende und von diesem durch Schuld-

---

[3]) Windscheid: Pand. II. S. 363 Sintenis Civilrecht II. S. 809. Mühlenbruch Cession S. 621. Koch Übergang S. 202.

schein anerkannte Forderung aus Waarenlieferung in Höhe von 500 Mk. an C. verkauft, so hat er nicht nur dem C. den Schuldschein auszuliefern und ihm auf Verlangen eine Abtretungsurkunde auszustellen, sondern er muss dem C. auch etwaige Zeugen, die um die Lieferung und die Schuld wissen, für den Fall der Anfechtung der Echtheit der Urkunde benennen und ihm den Aufenthaltsort des B. mitteilen. Bezüglich des Letzteren natürlich nur so gut wie er ihn selbst zur Zeit der Cession kennt, besondere Nachforschungen nach demselben braucht er dagegen nicht anzustellen, da der neue Gläubiger ja nur in dieselbe Lage zu kommen braucht, wie er selbst. Über die Haftung für eine etwaige Realisierbarkeit der Forderung wird weiter unten im § 7 die Rede sein.

Nach BGB. § 402 ist der Verkäufer als Cedent verpflichtet, »dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern.« Unter »Auskunft« werden hier ebenfalls namentlich Angaben über Zahlungsort und -zeit sowie über die zu verwendenden Beweismittel begriffen sein. Dagegen müssen etwaige Beweisurkunden, wie Schuldscheine, die auf die Forderung bezügliche Korrespondenz, Offerten etc., nicht nur mitgeteilt, sondern ausgeliefert werden.[4] Mit der Abtretung erwirbt der Käufer nach § 952 an dem Schuldscheine bereits Eigen-

[4]) Oertmann: R. der Schuldv. S. 125.

tum und kann dessen Herausgabe schon aus § 985 verlangen.[5] Auf Wunsch des Käufers hat der Verkäufer ferner gemäss § 403 eine öffentlich beglaubigte Urkunde über den Übergang der Forderung auf Kosten des Käufers auszustellen. Gemäss § 129 braucht diese Beglaubigung aber nicht gerichtlich oder notariell zu geschehen, sondern es genügt die Beglaubigung der Unterschrift durch eine Behörde oder einen Beamten, die nach dem betr. Landesgesetz hierfür zuständig sind.[6] Dieselben Verpflichtungen treffen den Verkäufer aber auch aus dem Kaufvertrage gemäss § 444: »Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand — worunter, wie im § 1 erwähnt, auch Rechte zu verstehen sind — betreffenden rechtlichen Verhältnisse . . . . . die nötige Auskunft zu geben und ihm die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern . . . .« Hat der Verkäufer den mittelbaren Besitz der betreffenden Urkunden, so kann der Käufer statt der Herausgabe die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe in Gemässheit des § 931 verlangen. Auf Erfüllung dieser Verpflichtungen kann der Käufer klagen und den Verkäufer nötigenfalls auch gemäss §§ 883, 888 CPO. durch Zwangsvollstreckung dazu zwingen.[7] Weiter bestimmt § 444 ». . . . Erstreckt sich der Inhalt einer solchen Urkunde auch auf andere Angelegenheiten, so ist der Verkäufer zur Erteilung

[5]) Vergl. Planck: II. S. 235.
[6]) Vergl. Meissner: Kommentar S. 166.
[7]) Oertmann: R. d. Schuldv. S. 106.

eines öffentlich beglaubigten Auszuges verpflichtet. In diesem Falle muss er ihm aber doch die Einsicht der ganzen Urkunde gestatten.[8] Denn der Käufer muss in die Lage gesetzt werden, sich in weitgehenstem Masse über seine Rechte zu vergewissern, und es müssen demgegenüber etwaige Interessen des Verkäufers an der Geheimhaltung anderer in der Urkunde enthaltener Angelegenheiten in den Hintergrund treten. Bezüglich der öffentlichen Beglaubigung gilt auch hier die Vorschrift des § 129.

Wenn für die Forderung zur Sicherheit derselben Pfandrechte und Hypotheken, sowie Bürgschaften bestehen, so gehen dieselben mit der Cession gemäss § 401 schon ipso iure auf den Käufer über; die Herausgabe der im Besitz des Verkäufers noch befindlichen Faustpfänder kann der Käufer nach § 1251 Abs. 1 verlangen.

§ 4.

Eine weitere aus der Cession sich ergebende Verpflichtung des Verkäufers ist die, dass er allen Nutzen, den er nach Übergang des Rechts noch nachträglich erhält, dem Käufer herausgeben muss. Dies bestimmt l. 23 § 1 Dig 18,4: Nominis venditor quidquid vel com-

---

[8]) Vergl. Oertmann: R. d. Schuldv. S. 106.
Schulhof: Gewährleistung S. 30.
Endemann: I. S. 718.
Protokolle II. S. 58.
andrer Ansicht. Planck II. S. 235.

pensatione vel exactione fuerit consecuteus, integrum emptori restituere compellatur. Ebenso heisst es auch in l. 6 Dig 18, 4 . . . . praestari debet persecutio eius quoque quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori. Der Verkäufer muss also alles, was er nach der Cession noch vom Schuldner, sei es durch Zahlung, Kompensation oder auf andere Weise erhält, dem Käufer herausgeben.[1] In allen Fällen ist er hierzu verpflichtet, und zwar jedenfalls nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, da dadurch Wertobjekte in sein Vermögen gelangt sind, zu deren Erwerb er materiell nicht mehr berechtigt war.[2] Ausserdem kann der Käufer aber auch — abgesehen von einer eventuellen actio doli — aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, also mit der actio empti die Herausgabe des Erlangten von dem Verkäufer verlangen.

Ebenso muss auch nach BGB. der Verkäufer alles was er nach erfolgter Abtretung erlangt, herausgeben. Allerdings muss der Käufer gemäss § 407 Abs. 1 eine nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen, ausser wenn ihm der Beweis gelingt, dass der Drittschuldner von der Abtretung Kenntnis hatte. Der Verkäufer erlangt dadurch aber etwas, wodurch er bereichert wird, ohne

---

[1]) Vgl. Windscheid P. II. S. 363, Anmk. 2. Mühlenbruch: Zession S. 621. Sintenis: Civilrecht II S. 809. Koch Übergang S. 202, 162. Göschen II., 2 S. 351.

[2]) Siehe Dernburg Band II. S. 146.

rechtlichen Grund auf Kosten des Käufers, er muss es daher nsch § 812 herausgeben. Andererseits aber gehört das in das Vermögen des Verkäufers Gekommene zum Bestande der verkauften Forderung, und der Käufer kann es daher mit der Klage auf Grund des Kaufvertrages herausverlangen.[3]

§ 5.

Ausser diesen aus der Cession entspringenden Verpflichtungen ergeben sich nun folgende aus dem Kaufvertrage. Zunächst wollen wir die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Rechts ins Auge fassen. Nach gemeinem Recht muss der Verkäufer den Kaufgegenstand in das Vermögen des Käufers bringen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist nicht direkt die Verschaffung des Rechtes, sondern nur die des Genusses des Rechtes erforderlich. Während beim Verkauf einer körperlichen Sache der Verkäufer verpflichtet ist, praestare emptori rem habere licere d. h. den ungestörten Besitz zu verschaffen, also im allgemeinen die Sache zu übergeben, muss er beim Verkauf einer Forderung den Käufer in die Lage setzen, sein Recht ungehindert durch Rechte dritter Personen ausüben zu können[1] und dafür zu sorgen, dass er in

[3]) Vgl. Oertmann: R. d. Schuldv. S. 129. Planck II. S. 189.

[1]) Baron Pand S. 526. vgl. l. 11 § 2 l. 30 § 1 Dig. 19,1; l. 25 § 1 Dig. 18,1. l. 1 pr. Dig. 19,4.

den Genuss seines Rechtes kommt.[2] Es tritt somit an die Stelle der Übergabe die Cession der persönlichen Klage, die wie im § 3 dargestellt, die Forderung selbst verkörpert, und die dort erwähnte Herausgabe der Beweis- und Legitimationsmittel, sodass sich der Käufer ihrer zur Geltendmachung seines Rechtes bedienen kann.[3] Die Haftung des Verkäufers tritt aber erst dann ein, wenn der Käufer nicht im Stande ist, von dem Schuldner die Leistung zu erlangen. Hierbei ist weiter unten bei Gelegenheit der Haftung wegen Eviktion zu sprechen.

Das BGB. geht in diesem Punkt bedeutend weiter. Nach § 433 ist der Verkäufer eines Rechtes verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen. Nach den Motiven[4] gehört nicht die gemeinrechtliche Verschaffung des ungestörten Genusses, sondern unmittelbar die Rechtsverschaffung auf Grund des Kaufvertrages zur Verpflichtung des Verkäufers, und »aus diesen Rechtsverhältniss entspringt unmittelbar die Haftung für Entwehrung, während eine solche sich nach gem. Recht als eine gewissermassen selbständige Pflicht darstellt, die sich nebenher aus der praestatio emptori rem habere licere ergiebt.« Zu bemerken ist hier noch, dass nach den Motiven[5] »die Bestimmungen über die

[2]) Göschen Civil-R. II, 2. S. 332. Windscheid Pand. II. S. 609.

[3]) Vgl. Sintenis Zivilr. II. S. 606.

[4]) BGB. Motive II. S. 213.

[5]) Motive BGB. II. S. 317.

Verpflichtungen des Verkäufers zur Verschaffung des Rechts und den sich hieraus ergebenden Pflichten nicht zur Anwendung kommen, wenn der Verkäufer noch besonders die Verschaffung des Rechtes zugesichert hatte, dass vielmehr diesfalls die gegenseitigen Verpflichtungen nach dem Inhalt der besonderen Vereinbarung zu beurteilen sind.« Nach BGB. ist also der Verkäufer einer Forderung verpflichtet das Recht in der Person des Käufers zu begründen, es auf ihn zu übertragen.[6] Dies geschieht dadurch, dass er das Recht cediert, d. h. den Abtretungsvertrag vollzieht.[7] Dieser Abtretungsvertrag ist von dinglich-obligatorischer Wirkung,[8] indem nämlich einmal der Erwerber nach aussen hin formal durch die Abtretung dinglich legitimiert wird, andrerseits die Rechtsverhältnisse unter den Betheiligten obligatorischer Natur bleiben. Besteht zur Sicherung der verkauften Forderung ein Pfandrecht an einer Sache, so ist, wie auch bereits oben erwähnt, gemäss §§ 1250, 1251 Abs. 1 die verpfändete Sache dem Käufer zu übergeben.

Über die dem Rechtsverschaffungsprincip zu Grunde liegende Haftung wegen Eviktion ist weiter unten zu sprechen.

§ 6.

Eng verbunden mit dieser Verpflichtung zur Rechtsverschaffung ist die Haftung des Verkäufers für die

[6]) vergl. Crome II. S. 427.
[7]) BGB. § 398.
[8]) vgl. Edemann: Bürgerl. R. S. 673

Existenz der Forderung, dass das nomen verum esse, d. h. dafür, dass es samt den etwaigen accessorischen Forderungen an Bürgen und Pfändern an und für sich existiere, dass es ferner durch keinen Umstand in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt oder aufgehoben, auch durch keine dilatorische oder peremptorische Einrede wie z. B. Stundung oder Verjährung entkräftbar sei.[1]

In den Quellen heisst es hierüber: l. 4. Dig. 18,4. Ulpianus l. 32 ad Edictum: Si nomen sit distractum Celsus libro nono Digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, uisi aliud convenit; und l. 5. Dig. 18,4: Paulus libro 33 ad Edictum: et quidem sine exceptione quoque nisi in contrarium actum sit. Sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor, si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris; schliesslich l. 74 § 3. Dig. 21,2: Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

Hier ist die Haftung des Verkäufers dafür ausgesprochen, dass die Forderung wirklich existiere, dass der angebliche Schuldner wirklich Schuldner sei und zwar sogar in der Weise, dass ihm keine wirksame exceptio zur Seite steht. Wenn er als Schuldner einer bestimmten Summe bezeichnet worden sei, so hafte der Verkäufer auf diese Summe, wenn keine bestimmte Summe angegeben sei und er schulde nichts, dann erstrecke sich die Haftung auf das Interesse des Käufers.

---

[1]) vgl. Seuffert Arch. Bd. XXXIII No. 218.

Es hat sich nun unter den Juristen eine Streitfrage darüber gebildet, ob der Verkauf einer nicht existierenden Forderung ebenso wie bei dem einer nicht existierenden Sache nichtig sei und der Verkäufer nur den gezahlten Kaufpreis und etwaige Aufwendungen des Käufers zu ersetzen habe, oder ob das römische Recht bei Forderungen ausnahmsweise die Gültigkeit eines derartigen Vertrages anerkenne und den Verkäufer für den vollen Ersatz des Betrages der Forderung (Erfüllungsinteresse) haftbar mache. Nach l. 8 pr. Dig. 18,1: »nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi« müsste eigentlich auch der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung als ein nichtiger Vertrag angesehen werden, geradeso wie der Verkauf einer nicht oder nicht mehr existierenden Sache (l. 15 pr.; l. 57 pr. § 1 Dig. 18,1) oder Erbschaft (l. 1, l. 7 Dig. 18,4). Dagegen erkennt jedoch l. 4 und l. 5 Dig. 18,4 und l. 74 § 3 Dig. 21,2 ausdrücklich die Gültigkeit eines derartigen Vertrages an und gewährt dem Käufer einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, soweit sich ein solches berechnen lässt.

Schliemann[2] schliesst sich der ersten Meinung an, indem er als Grund für die Nichtigkeit des Vertrages angiebt, dass bei der Nichtigkeit der Forderung das Objekt der Cession fehle, der Vertrag mithin nichtig sei und im Falle eines onerosen Rechtsgeschäfts nach l. 23 Dig. 18,1 wo eine res sacra Gegenstand des des Kaufvertrages ist, behandelt werden müsse. Der

[2]) Schliemann: Haftung d. Cedenten S. 64.

Verkäufer brauche im Allgemeinrn nur das für die Forderung Erhaltene herauszugeben; nur wenn die Summe der Forderung nicht bestimmt angegeben wäre, hafte er für das Interesse.

Ebenso heisst es bei Seuffert[3], dass bei Nichtexistenz der dem Verkäufer vermutlich zustehenden verkauften Forderung das Rechtsgeschäft wie bei dem Verkauf einer nicht existierenden Sache nichtig sei, und der Verkäufer nur zur Herausgabe des Kaufpreises und Ersatz derjenigen Auslagen verpflichtet sei, die der Käufer behufs Geltendmachung der cedierten Forderung aufgewendet habe. Ausserdem vertrage sich der volle Ersatz des Betrages der Forderung nicht mit dem Grundsatze der lex Anastasiana, nach welcher der Käufer einer Forderung nur das Recht zur Einforderung des von ihm gezahlten Kaufpreises erlangte.

Diesen Ansichten tritt eine Reihe anderer Juristen entgegen, indem sie sich mit Recht der zweiten Meinung anschliessen, dass nämlich der Verkauf einer Forderung, gleichgültig, ob sie niemals bestanden hat oder nur durch exceptio entkräftet werden kann, stets gültig ist, und der Verkäufer auf jeden Fall dem Käufer das gesamte Interesse ersetzen muss.

Römer[4] führt in dieser Beziehung aus, er könne in l. 5 Dig. 18,4 durchaus nicht den Gegensatz finden: Nur, wenn die Summe nicht bestimmt angegeben worden wäre, hafte der Verkäufer anf das Interesse, nicht aber, wenn die Summe bestimmt wäre, sondern in diesem

[3]) Seuffert: Archiv für civilr. Praxis. Bd. XXIX. No. 231.
[4]) Römer: Leistung an Zahlungsstatt S. 101.

Falle nur auf diese bestimmte Summe. Für diesen Grundsatz fehle jeder innere Grund, die Haftung sei für den letzten Fall offenbar nur deshalb auf die bestimmte Summe festgesetzt, weil diese Summe in der Regel das Interesse des Käufers vollständig deckt, sollte er ein höheres Interesse nachweisen, so sei ihm dieses zu ersetzen. Der Irrthum Schliemanns bestehe darin, dass er l. 4 und 5 willkürlich von einander getrennt habe. Es beziehe sich das, was in l. 5 cit. über die Haftung des Verkäufers gesagt sei, nicht nur auf den Fall, dass die Forderung existiere und nur durch exceptio unwirksam sei, sondern auch auf den Fall, dass die Forderung garnicht existiere; denn l. 4 und 5 bildeten einen Satz, und es sei so zu lesen: debitorem autem esse praestare, uisi aliud convenit, et quidem sine exceptione quoque, uisi in contrarium actum sit, und die gewöhnliche Interpunktion in den Ausgaben des Corpus juris »convenit. Et quidem« sei unrichtig. Sodann läge in l. 5 selbst der unwiderlegliche Beweis, dass sie sich auch auf den Verkauf einer nicht existierenden Forderung beziehe, nämlich in den Worten: si incertae, et nihil debeat. Dass der Verkauf einer nicht existierenden Forderung gültig sei, ergäbe sich ferner daraus, dass die l. 5 cit. den Fall der Nichtexistenz der Forderung dem Falle, da diese durch exceptio entkräftbar ist, hinsichtlich des Entschädigungsanspruches ganz gleich stelle, und ferner auch aus l. 74 § 3 Dig. 21,2, wo klar gesagt ist, dass der Verkäufer zu prästieren habe »ut sit (nomen),« d. h. das Interesse des Käufers an der Erfüllung des Kaufes.

In derselben Weise ist in einer Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Rostock[5] entschieden: Es müsse daran festgehalten werden, dass der, welcher eine Forderung verkaufe, sich damit zugleich in voller Bestimmtheit als den berechtigten Gläubiger hinstelle und diese seine Erklärung zu vertreten habe, im Vertrauen auf welche der Vertrag von Seiten des Käufers als eingegangen anzusehen sei. Hieraus folge die Haftung des Verkäufers für die juristische Realisierbarkeit sowohl in dem Falle, wenn die Forderung überhaupt nicht existiert, als auch in demjenigen, in welchem dieselbe nur nicht in seiner Person begründet ist, und es könne daher der Ansicht Schliemanns nicht beigestimmt werden, nach welcher das Objekt des Kaufes fehlen, derselbe mithin nichtig sein solle, wenn die Forderung garnicht zur Existenz gekommen oder doch ipso iure aufgehoben ist. Die Annahme der Nichtigkeit würde allerdings notwendig sein, wenn die juristische Existenz der Forderung lediglich die Voraussetzung des Vertrages und nicht einen Gegenstand der für den Verkäufer durch den Verkauf begründeten Haftpflicht bildete.

Auch das RG. Bd. 8[6] führt aus, dass der Verkäufer einer Forderung, die nicht oder nicht in dem angegebenen Masse besteht, dem gutgläubigen Käufer das gesamte Interesse ersetzen muss, ohne Unterschied, ob die Forderung niemals bestand oder ob sie ipso iure z. B.

---

[5]) Buchka u. Budde: V. S. 225. oder Seuffert Arch. Bd. 22 No. 35.

[6]) RG. Bd. VIII. S. 109 No. 27.

durch Zahlung etc. entkräftbar ist. »Denn wer eine Forderung verkauft, stellt sich als berechtigten Gläubiger hin, er versichert die Existenz der Forderung und muss die Wahrheit dieser Versicherung vertreten, bezw. für den Nachteil aufkommen, welcher dem dieser Versicherung glaubenden Käufer dadurch entsteht, dass sie der Wirklichkeit nicht entspricht. Das Interresse fällt, wenn auch ein bestimmter Nominalbetrag der Forderung angegeben war, keineswegs immer mit diesem zusammen und ist ebenso wenig immer identisch mit dem gezahlten Kaufpreise.«

Nach dieser Ansicht, die mit Recht in der Praxis des gemeinen Rechts die herrschende geworden und von Seuffert,[7] Windscheid,[8] Dernburg,[9] Bechmann,[10] Glück,[11] Schmidt,[12] Hartmann[13] und anderen[14] vertreten wird, haftet der Verkäufer einer Forderung stets für das gesamte Interesse des Käufers, gleichgültig, ob die Forderung nicht existiert hat oder durch Exceptionen entkräftet wird. Dem römischen Entwehrungsprinzip folgend, dessen Grundsätze und Erfordernisse im § 13 näher erläutert sind, tritt aber die Haftung des Verkäufers noch nicht ein, wenn der Käufer erfährt, dass dem Schuldner eine exceptio zur Seite steht. Denn es ist

---

[7]) Seuffert: Pand. II. S. 171 Anm. 5.
[8]) Windscheid: Pand. II. S. 268 Anm. 4.
[9]) Dernburg: Pand. II. S. 146 Anm. 4.
[10]) Bechmann: Kauf II,1 S. 438.
[11]) Glück: Pand. Bd. 16 S. 445 fg.
[12]) Schmidt: Cession II S. 139.
[13]) Hartmann: Obligation S. 180.
[14]) Die Gesamtlitteratur ist zusammengestellt i. RG. Bd. VIII. N. 27.

ja die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner auf die Geltendmachung derselben verzichtet und trotzdem den Käufer befriedigt. Ebensowenig genügt es, wenn der Schuldner unter der Begründung, er sei nicht zur Leistung verpflichtet, die Zahlung verweigert; es ist vielmehr im Allgemeinen[15] notwendig, dass der Käufer seinen Anspruch gerichtlich verfolgt und dem Verkäufer den Streit verkündet hat;[16] zum Mindesten aber muss er beweisen, dass das Bestehen einer wirksamen exceptio auf Seiten des Schuldners unzweifelhaft und infolgedessen die Geltendmachung des gekauften Rechtes vereitelt ist, ein Beweis, der allerdings am Sichersten durch Ausklagung des Schuldners erbracht werden wird. Es ist zwar die Ausklagung und Streitverkündung kein formelles Erfordernis zur Herbeiführung der Haftung des Verkäufers, sondern nur ein Recht, keine Pflicht des Käufers,[17] ihre Vornahme liegt aber in seinem Interesse, da er so seiner Beweispflicht am besten wird genügen können.

Die Frage, ob der Verkäufer — abgesehen vom dolus oder culpa — in dem Falle, wo die Forderung nur teilweise existiert, auch das gesamte Interesse vergüten oder nur den Kaufpreis verhältnissmässig zurückgeben muss, ist durch l. 57, § 2 Dig. 18,1 und l. 53 pr. Dig. 21.2 entschieden. Es genügt also danach eine verhältnismässige Rückerstattung des Kaufpreises.[18]

---

[15]) Das Nähere darüber siehe § 13.
[16]) Schliemann: Haftung S. 73.
[17]) Vergl. Seuffert: Arch. Bd. XVI. No. 204, Dollinger: S. 32.
[18]) Seuffert: Archiv, Bd. II. No. 32.

Dass der Verkäufer ferner im Falle des dolus und der culpa für die Verität der Forderung haftet, d. h. wenn er ihre Nichtexistenz bei Abschluss des Vertrages kannte oder fahrlässigerweise nicht kannte, und sie dem Käufer verschwieg, ergiebt sich ausser aus l. 74 § 3 Dig. 21,2, auch aus seiner Verpflichtung als Verkäufer an sich, für culpa levis einzustehen, welche ihn in solchen Fällen zur Leistung des vollen Interesses verpflichtet. Nicht tritt dagegen natürlich die Haftung des Verkäufers ein, wenn dem Käufer bei Abschluss des Vertrages die Nichtexistenz der Forderung bekannt war, ferner wenn die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten (l. 10, l. 11, l. 13 Dig. 18,4) und schliesslich, wenn ausdrücklich dem Verkäufer die Haftung erlassen worden war. (l. 4. Dig. 18,4 . . . . . nisi aliud convenit). Ein einfacher Vermerk auf der Cessionsurkunde »ohne Gewährleistung« wird aber nicht ohne Weiteres den vereinbarten Ausschluss der Haftung für Verität bedeuten, da im Verkehrsleben darunter nur der Ausschluss der Haftung für Bonität verstanden sein wird, es sei denn, dass der Verkäufer den Nachweis bringt, dass in dem konkreten Fall die Haftung auch für die Verität der Forderung vereinbarungsgemäss durch die betreffende Klausel hat abgelehnt werden sollen.[19]

Das BGB. behandelt die Haftung des Verkäufers für Verität der Forderung im § 437, Abs. 1: »Der Verkäufer einer Forderung . . . . . haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung . . . . .« Während der

[19]) Seuffert: Arch. Bd. XXII. No. 35, vergl. Wechselordnung art. 14.

§ 433 auf die Rechtsverschaffung wirklich bestehender Forderungen sich bezieht, ist hier die Haftung sowohl für den Fall ausgesprochen, dass die Forderung nicht bestanden, als auch für den Fall, dass sie erloschen oder durch Einrede entkräftbar ist. Die Bestimmung des § 437 entscheidet den oben angeführten gemeinrechtlichen Streit über die Nichtigkeit oder das Bestehen des Kaufvertrags über eine nicht existierende Forderung, indem anerkannt wird, dass, wenn die verkaufte Forderung zur Zeit der Abtretung nicht besteht, kein Vertrag über eine unmögliche Leistung wie beim Sachkauf vorliege, sondern der Vertrag Gültigkeit habe. Die Haftung des Verkäufers erstreckt sich auf das volle Interesse gemäss § 252 und ist nicht auch wenn eine bestimmte Summe bei der Übertragung der Forderung angegeben ist, auf den Betrag der Cessionsvaluta beschränkt. Eine solche Beschränkung war allerdings in der 2. Lesung des Entwurfs eines BGB.[20] beantragt, wurde aber als überflüssig abgelehnt, da einmal der Verkäufer gegen unverhältnissmässige Ersatzforderungen des Käufers durch die §§ 138, 157 geschützt wird, andererseits dem Käufer für sein Risiko, den Zinsverlust und Unkosten gewissermassen ein Äquivalent geboten werden muss.[21] Ebenso ist der von Bernhöft[22] gemachte Vorschlag, die Cessionsvaluta nach römischem Muster auf das doppelte zu beschränken, nicht in das BGB. aufgenommen worden.

---

[20]) S. Protokolle I. S. 669, 670, unter IX.
[21]) Siehe Schulhof: Gewährleistung S. 23.
[22]) Bernhöft: Kauf, Miete etc. S. 26.

Ist jedoch der Kaufpreis geringer als der Nennwert der verkauften Forderung infolge der den Parteien bekannten Unsicherheit ihres rechtlichen Bestandes, so wird als stillschweigend vereinbart anzusehen sein, dass der Verkäufer für den Bestand der Forderung nicht haften soll;[23] es wird hier aber auf den konkreten Fall ankommen. Ebensowenig wird eine Haftung des Verkäufers für Verität eintreten, wenn die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten wird.[24]

Die unbeschränkte Haftung des Verkäufers für den Bestand der Forderung bezieht sich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Wenn also die verkaufte Forderung zu dieser Zeit bestand, so haftet der Verkäufer bis zu demjenigen Zeitpunkt wo die Gefahr auf den Käufer übergeht, nur noch für dolus und culpa nach Massgabe der §§ 275 fg.[25] Der von Schulhof[26] aufgestellten Ansicht, dass der Verkäufer für den Bestand der Forderung bis zum Augenblicke der Erfüllung hafte, ist nicht beizutreten. Der von ihm geltend gemachte Grund, eine solche Verschärfung der Haftung entspräche der Tendenz des BGB., »man müsse doch auch sagen, dass der Käufer ein Garantieversprechen für den Bestand der Forderung über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinaus bis zum Augenblick der Erfüllung zu verlangen berechtigt ist,« ist hinfällig; denn dass

[23]) vergl. Planck. II. S. 229.
[24]) vergl. Crome II. S. 433.
[25]) Planck: II. S. 229.
Oertmann: R. der Schuldv. S. 159.
Staudinger: II. S. 182.
[26]) Schulhof: Gewährleistung S. 22.

die Tendenz des BGB. auf eine möglichste Verschärfung der Haftung gehe, ist im Allgemeinen vielleicht richtig, aber doch nicht ausschlaggebend, zumal z. B. im § 438 im Gegensatz zum gemeinen Recht eine mildere Form der Haftung bestimmt ist.[27] Andrerseits aber hätte das Gesetzbuch, wenn hier für Forderuugen eine Ausnahme bezüglich des Gefahrübergangs gemäss §§ 275 fg. hätte gelten sollen, diese Ausnahme ausdrücklich feststellen müssen. Schliesslich bleibt es doch dem Käufer, wenn er besonderen Wert darauf legt, unbenommen, sich jederzeit eine Garantieübernahme bis zur Erfüllung beim Vertragsabschluss vom Verkäufer versprechen zu lassen. Aus diesem besonderen Garantieversprechen würde dann doch jedenfalls der Verkäufer in der verlangten Weise haftbar gemacht werden können.

Ist also die Zeit des Kaufabschlusses und der Übertragung der Forderung eine verschiedene, und die Forderung geht inzwischen unter, so kommt es darauf an, ob der Verkäufer den Untergang verschuldet hat oder nicht. Im ersteren Falle, wenn er nach Abschluss des Kaufvertrages z. B. die Zahlung des Forderungsbetrages vom Schuldner noch angenommen oder mit ihr aufgerechnet hat, also die Leistung durch seine Schuld unmöglich geworden ist, haftet er nach den Bestimmungen der §§ 275 fg. für Schadensersatz. Ist dagegen der Untergang der Forderung durch einen Umstand erfolgt, den weder er noch der Käufer zu vertreten hat, so haftet er nicht für Schadensersatz,[28]

[27]) Siehe S. 35.

[28]) vergl. Dernburg: BGB. II. S. 46.

verliert aber gemäss §§ 440,1 323 den Anspruch auf Gegenleistung entgegen dem römischen Grundsatz periculum est emptoris, wonach er trotzdem den Kaufpreis fordern konnte. Ferner haftet der Verkäufer einer Forderung nach § 434 auch dafür, dass die Forderung nicht durch Rechte Dritter, wie z. B. durch eine an der Forderung bestehendes Niessbrauchs- oder Pfandrecht belastet ist. Der Käufer kann die Beseitigung dieses Mangels im Rechte verlangen und, falls der Verkäufer dieselben verweigert oder dazu ausser Stande ist, seine Rechte gemäss § 440 aus den §§ 320—327 geltend machen.

Die Haftung des Verkäufers für Verität kann schliesslich nach § 443 vertragsmässig ausgeschlossen oder beschränkt werden, jedoch ist eine solche Vereinbarung nichtig, wenn der Verkäufer sich dabei eines dolus schuldig macht, d. h. wenn er absichtlich einen ihm bekannten Mangel im Recht dem Käufer verschweigt, um ihn zu täuschen. Der Käufer muss jedoch die Arglist beweisen. Die Beschränkung resp. Ausschliessung der Haftung braucht aber nicht immer ausdrücklich zu geschehen, sondern sie wird sich in manchen Fällen aus der Eigenart des einzelnen Vertrages ergeben.[29]

§ 7.

Der Verkäufer einer Forderung haftet dagegen nicht für Bonität, d. h. er steht nicht dafür ein, dass der

[29]) Bernhöft: Kauf, Miete etc. S. 26.
[1]) Windscheid: Pand. II. S. 668.
Dernburg: Pand II. 146.
Baron: Pand. S. 464.

Schuldner bei etwaiger Inanspruchnahme durch den Käufer in der Lage ist, zu zahlen.[1] Denn es kann der Fall eintreten, dass der Schuldner zahlungsunfähig oder infolge von Entfernung aus dem Lande unerreichbar geworden ist. Die Nichthaftung des Verkäufers ergiebt sich aus den schon oben citierten Stellen l. 4, l. 5 Dig. 18,4: Si nomen sit distractum . . . . .locupletem esse debitorem, non debere praestare . . . . und l. 74 § 3 Dig. 21,2: Qui nomen quale fuit, vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur. Dass der Verkäufer für die nach Abschluss des Kaufvertrages eintretende Unmöglichkeit der Zahlungserlangung vom Schuldner nicht haftet, folgt schon daraus, dass nach gemeinem Recht mit Abschluss des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer übergeht und dieser die Verschlechterung bezw. den Untergang des Kaufgegenstandes zu tragen hat.

Ausgenommen ist hingegen der Fall, dass der Verkäufer besondere Garantie für die Solvenz des Schuldners nach Fälligkeit der Forderung dem Käufer gegenüber übernommen hat. Dabei ist zu unterscheiden, ob er für eine gewisse Zeit für die Zahlungsfähigkeit gutgesagt hat, oder ob er ohne Zeitangabe garantiert hat. Im ersteren Falle haftet er nur für diese bestimmte Zeit für die bonitas nominis, und der Käufer muss, um Regress gegen den Verkäufer nehmen zu können, innerhalb dieser Zeit den Schuldner belangt haben. Leistet der Schuldner nach erfolgter Kündigung bei Fälligkeit der Forderung nicht die betreffende Zahlung, so ist das

nomen ein non bonum geworden und der Verkäufer, der für die Zeit, in der die Inanspruchnahme des Schuldners vergeblich erfolgt ist, garantiert hat, ist dem Käufer ersatzpflichtig.[2]

Anders dagegen im zweiten Falle, in dem er ohne Zeitangabe die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zugesichert hat. Hier kann sich der Verkäufer nicht darauf berufen, dass der Käufer den Schuldner zu einer Zeit, wo derselbe nach Abschluss des Kaufvertrages zahlungsfähig war, hätte belangen können, sondern dem Käufer steht es frei, den Schuldner in jedem beliebigen Zeitpunkte um Zahlung anzugehen.[3] Ist es aber dem Verkäufer möglich, den Nachweis zu führen, dass der Käufer den Ausfall offenbar verschuldet hat, indem er in grober Nachlässigkeit die Forderung einzuziehen unterlassen hat, so ist er nicht für den Ausfall verantwortlich zu machen.[4]

Bestand jedoch die Insolvenz des Schuldners schon zur Zeit des Kaufabschlusses, so kann der Käufer, wenn der Verkäufer dieselbe kannte und sie ihm wissentlich verschwieg, den Kaufvertrag wegen dolus[5] anfechten und Schadensersatz verlangen.

Eine andere Frage ist es, wenn weder der Verkäufer noch der Käufer die Insolvenz des Schuldners zur Zeit des Kaufabschlusses kannten, und zwar ohne dass ihnen ein Verschulden zur Last fällt. Man könnte hier folgenden Schluss ziehen: Beide Parteien befinden

[2]) vergl. Seuffert's Arch. V. No. 149.
[3]) vergl. Seuffert's Arch. XIII. No. 20.
[4]) Seuffert: Arch. XXXVII No. 304.
[5]) vergl. l. 74. § 3 Dig. 21,2.

sich im Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft des Kaufgegenstandes; der Käufer würde den Kaufvertrag nicht abgeschlossen haben, wenn er die Unexequierbarkeit gekannt hätte; es ist eine Härte, wenn der Käufer, anstatt für sein gutes Geld entsprechenden Vorteil zu ziehen, allein den Schaden tragen müsste. Der Vertrag sei also wegen wesentlichen Irrtums nichtig und der Verkäufer zur Herausgabe des bereits bezahlten Kaufpreises verbunden. Diese Ansicht entspräche allerdings vielleicht einem gewissen Gerechtigkeitsgefühl, ist aber in der gemeinrechtlichen Praxis nicht durchführbar. Denn es gilt eben diese Deduktion nur für den Verkauf körperlicher Sachen,[6] aber nicht für denjenigen von Forderungen, da bei dem Verkaufe von Forderungen die Exequierbarkeit der betreffenden Forderung im Verkehrsleben nicht als wesentliche Eigenschaft aufgefasst wird,[7] da — mit Ausnahme von besonderen Parteibestimmungen — sich eine nicht exequierbare Forderung im Verkehr keineswegs von einer exequierbaren unterscheidet. Wie wir im § 6 gesehen haben, ist ausserdem der Kauf einer nicht existierenden Forderung gültig,[8] also doch erst recht derjenige einer nicht exequierbaren. Das Preuss. Landrecht sieht die Exequierbarkeit allerdings für ein essentiale des Vertrages an und verlangt die Haftung des Verkäufers für Bonität, doch ist dies nach Koch[9] eine willkürliche Be-

[6]) Windscheid: Pand. I. S. 336.
Dernburg: Pand. I. 1. S. 237.
Baron: Pand. S. 523.
[7]) Ebenso Schliemann: S. 127.
[8]) Windscheid: Pand. II. S. 268 Anm. 4.
[9]) Koch: Übergang S. 205.

stimmung und von der Praxis des ALR. nur mit Widerstreben angewendet worden. Der Code civil[10] steht dagegen auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts.

Das BGB. erkennt ebenfalls eine Haftung des Verkäufers einer Forderung für Bonität derselben nicht an, es steht vielmehr auf dem Standpunkt der prinzipiellen Nichthaftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Eine Haftung tritt nur bei Garantieübernahme oder dolus ein, doch ist hier ein Unterschied vom gemeinen Recht festzustellen. Hatte dort der Verkäufer einer Forderung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ohne Zeitangabe gutgesagt, so haftete er nicht nur für dieselbe zur Zeit der Abtretung oder der späteren Fälligkeit, sondern auch für die spätere Zeit bis zur Inanspruchnahme des Schuldners durch den Käufer. Das BGB. stellt dagegen im § 438 fest, dass die Haftung sich im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung beziehe, dass also das Datum der Cession massgebend sei. Auch bei Forderungen, die erst später fällig werden, ist nach dem Wortlaut des § 438 für die Haftung des Verkäufers aus dem Garantieversprechen nicht der Zeitpunkt der späteren Fälligkeit massgebend, sondern nur derjenige der Cession. Es kann jedoch aus der Höhe des Kaufpreises auf ein weitergehendes Garantieversprechen geschlossen werden; so wird namentlich in dem Falle, dass der Kaufpreis sich mit dem Nominalbetrage der Forderung deckt, eine Ausdehnung der Garantie auf

[10]) C. c. art. 1693, 1694.

die Zeit der Fälligkeit der Forderung als von den Parteien beabsichtigt anzusehen sein.[11]

Wie im gemeinen Recht haftet der Verkäufer natürlich auch für dolus; der Verkäufer ist, wenn er die Zahlungsunfähigkeit arglistig verschwiegen hat, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen §§ 823 fg. dem Käufer schadensersatzpflichtig.[12] Ausserdem wird auch jeder Käufer, dem ein gewissenloser Verkäufer eine wertlose Forderung unter Benutzung seiner Unerfahrenheit, Not oder Leichtsinns verkauft hat, durch § 138 Abs. 2 geschützt. Wenn sich aber aus den näheren Umständen ergiebt, dass die Parteien die Haftung für die Zahlungsfähigkeit auch auf eine spätere Zeit ausgedehnt wissen wollten, besonders, dass sie die Eigenschaft einer Bürgschaft in sich schliessen sollte, so greift natürlich die Beschränkung des § 438 nicht Platz.[13]

§ 8.

Während beim Verkauf von körperlichen Sachen zu der Haftung für Eviktion noch das Einstehen des Verkäufers für nicht angezeigte ädilicische Mängel hinzukommt, finden die Regeln hierüber bei dem Verkauf von Forderungen keine Anwendung.[1] Denn die

[11]) Scherer II. S. 473.
[12]) BGB. Mot. II. S. 127.
[13]) vergl. Oertmann II. S. 160.
[1]) Windscheid: Pand. II. S. 668 Anm. 2.

ädilicischen Klagen, die im Anfang nur bei dem Verkauf von Sklaven und Vieh in Betracht kamen, galten nur für den Verkauf von res corporales, was unter anderem auch aus l. 1 pr. Dig. 21,1 hervorgeht: Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes. Es kommen bei Forderungen hier vielmehr die bereits oben erwähnten Regeln über die faktische Realisierbarkeit in Betracht. Im modernen Recht erleiden die aus dem ädilicischen Edikt sich ableitenden Rechtssätze ebenfalls keine Ausdehnung auf den Verkauf von Forderungen, sondern der Käufer kann die ihm wegen des Mangels zustehenden Ansprüche nur mit der Klage aus dem Kaufvertrag verfolgen, wie solche im Gegensatz zu dem Recht der Ädilen nach römischem Civilrecht begründet war. Allerdings behauptet Schliemann[2] am Schlusse seiner Abhandlung, »dass bei der heutigen Ausdehnung der Verkehrsverhältnisse Forderungen vollkommen als Waren aufgefasst würden, und daher in der Theorie vielleicht auch die Bestimmungen des ädilicischen Edikts auf sie in Anwendung kommen dürften«, doch ist dies in der Praxis des Rechtslebens nicht anerkannt.

Auch BGB. spricht in den die faktischen Mängel behandelnden §§ 459 fg. nur von Sachen. Es ist also eine Ausdehnung auf Forderungen unangängig.

---

[2]) Schliemann: Haftung S. 137.

§ 9.

Was schliesslich die Kostenpflicht des Verkäufers anlangt, so muss man unterscheiden zwischen den Kosten des Kaufaktes und denjenigen der Erfüllung dieses Vertrages. Die Kosten des Kaufaktes, wie der Abschluss, die Verbriefung etc. fallen nach der Praxis des gemeinen Rechts dem Verkäufer zur Hälfte zur Last,[1] da jede Partei am Abschluss des Vertrages das gleiche Interresse hat; die Kosten der Cession aber hat er ganz zu tragen, da er den Kaufgegenstand in das Vermögen des Käufers zu bringen verpflichtet ist.

Das BGB. enthält über die Kosten des Kaufaktes einer Forderung keine Bestimmung, es haben daher nach logischer Entscheidung aus demselben Grunde, wie im gemeinen Recht, beide Parteien die Kosten je zur Hälfte zu tragen. Die Kosten der Übertragung der Forderung dagegen treffen gemäss § 448,2 den Verkäufer, nur wenn der Käufer die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Cession verlangt, muss dieser die hierdurch entstehenden Kosten gemäss § 403 tragen.

[1]) Vergl. Scherer: II. S. 497.

II. Teil.

§ 10.

Den bisher dargestellten Verpflichtungen aus dem Verkauf von Forderungen sind nun im Folgenden diejenigen aus dem Verkauf eines dinglichen Nutzungsrechtes gegenüberzustellen, und zwar wollen wir uns dabei auf das Erbaurecht und die Dienstbarkeiten beschränken.

Zunächst ist zu untersuchen, ob und in welcher Weise die genannten Rechte Objekte eines Verkaufs sein können. Hierbei könnte man bei jeder Art eine Trennung vornehmen, deren Berechtigung sich aus dem Zweck des Kaufvertrages ergiebt. Es kann nämlich der Zweck des Verkaufes einmal die Übertragung eines schon bestehenden Rechtes auf ein anderes Subjekt sein, dann ist der Verkäufer der Berechtigte, welcher sein Recht dem Eigentümer der dienenden Sache gegenüber auf einen Dritten überträgt, oder es kann die Absicht des Verkaufes auf die Begründung eines ding-

lichen Nutzungsrechtes gegen Entgelt gerichtet sein, dann ist der Verkäufer der Eigentümer, welcher dem Erwerber ein dingliches Nutzungsrecht an seiner Sache einräumt.

Bei dieser letzteren Art wären ausser den aus dem Kaufvertrage sich ergebenden Verpflichtungen noch diejenigen des Bestellers eines dinglichen Nutzungsrechtes zu berücksichtigen. Da die ersteren sich aber mit denjenigen bei dem Verkauf eines bestehenden Rechtes zu behandelnden Pflichten decken, und die letzteren streng genommen nicht zum Thema gehören, so wollen wir von der Behandlung des Verkaufes der erst zu begründenden Rechte absehen und uns auf die kaufweise Übertragung eines bereits bestehenden Rechtes beschränken.

Die Möglichkeit der kaufweisen Übertragung einer bestehenden Superficies ergiebt sich aus dem Wesen der Superficies. Es ist ein veräusserliches und vererbliches Recht des Berechtigten an fremdem Boden. Dies wird in den Quellen in l. 1 § 7 Dig. 43,18 bestätigt: sed et tradi posse (sc. superficiem) intellegendum est, ut et legari et donari possit. Im gemeinen Recht ist die Veräusserungsfähigkeit eines bestehenden Erbbaurechts allgemein anerkannt,[1] und im BGB. § 1012 gesetzlich bestimmt.

---

[1]) Wächter. Superf.- und PlatzrechtS. 105.
Windscheid: Pand I. S. 1001 Anmk. 12.
Dernburg: Pand I, 2. S. 245.
Bechmann: Kauf II, 1 S. 125.

Die zweite Gruppe der hier zu behandelnden dinglichen Nutzungsrechte sind die Dienstbarkeiten, die in Grunddienstbarkeiten, den Niessbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zerfallen.

Die Unmöglichkeit der Übertragung einer bestehenden Grunddienstbarkeit folgt aus dem Wesen der Grunddienstbarkeit. Dieselben sind dingliche Nutzungsrechte an fremden Grundstücken, die mit einem (dem herrschenden) Grundstück zu dessen Nutzen verknüpft sind. Das Subjekt des Rechts ist zwar nicht unmittelbar das herrschende Grundstück, sondern der jeweilige Eigentümer, doch ist das Grundstück nach Dernburg[2] »das Medium, an welches das Recht des jeweiligen Eigentümers geknüpft ist.« Es ist daher die Prädialservitut nicht vom Grundstück zu trennen und selbst der Ausübung nach unübertragbar.[3] Dies ist in den Quellen in l. 44 Dig. 19,2 ausgedrückt: Locare servitutem nemo potest. Hierbei ist allerdings in einem Falle eine scheinbare Ausnahme zu machen, nämlich bei Wassergerechtigkeiten, wobei der Eigentümer des dienenden Grundstücks dem Berechtigten die Befugnis einräumen kann, auch Dritten den Wassergenuss zu überlassen[4] (vergl. l. 24, l. 36 Dig. 8,3). Nur falls das Grundstück selbst verkauft wird, können die an ihm bestehenden Grundgerechtigkeiten an den Käufer mitverkauft werden, wenn sie nicht bei dieser Gelegenheit

[2]) Dernburg: Pand I. 2. S. 181.

[3]) Dernburg: Pand I, 2. S. 181.
Windscheid: Pand I, S. 948 No. 7.
Baron: Pand. S. 287.

[4]) Näheres hierüber Dernburg Pand. I, 2. S. 181 Anmk. 7.

aufgehoben werden. Einer besonderen Übertragung bedarf es aber in diesem Falle nicht, nur muss der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit der Ausübung gewähren.

Das BGB. erwähnt die Unübertragbarkeit der Grunddienstbarkeiten durch Kauf an einen Dritten nicht; man muss daher annehmen, dass es dem Wesen der Grundgerechtigkeit zufolge eine besondere Bestimmung darüber als etwas Selbstverständliches fortgelassen hat.

Ebenso ist auch die käufliche Übertragung des des Rechtes eines Niessbrauchs nicht möglich, da der Niessbrauch im allgemeinen nur für die betreffende Person eingeräumt wird.[5] Wenigstens ist dem älteren römischen Recht eine Übertragung des des Niessbrauchrechtes fremd, wie § 3 Inst. 2,4 beweist: item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usu-fructuario cedatur, nam extraneo cedendo nihil agitur; und l. 15. Dig. 10,2 . . . . . nec enim (sc. ususfructus) a personis discedere sine interitu sui potest.

Nur die Übertragung des Niessbrauchs der Ausübung nach durch Verkauf ist gestattet,[6] und zwar sogar gegen den Willen des Eigenthümers. Es heisst darüber in den Quellen: l. 12 § 2 Dig. 7,1.: Usus-fructuarius

---

[5]) Dernburg: Pand I, 2. S. 200.
Windscheid: Pand I. S. 926.
Baron: Pand. S. 291.

[6]) Vergl. Windscheid: Pand. I. S. 926.
Dernburg: Pand. I. 2, S. 200.
Baron: Pand. S. 291.
Siebeneicher: Rechtsstellung S. 12 fg.

vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur et qui vendit utitur. Ferner l. 67 Dig. 7,1.: Qui usus-fructus legatus est, etiam invito herede eum extraneo vendere potest. Endlich l. 8 § 2 Dig. 18,6: Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit vendas, an vero in ipsum corpus quod tuum sit, usum fructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur si tu vivis; posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

Allerdings nehmen auch mehrere Juristen an, dass im jüngsten römischen Recht die Veräusserung des Niessbrauchrechtes selbst möglich gewesen sei, so Dernburg der Ältere,[7] Elvers[8] und von Blume.[9] Gegen diese Theorie spricht zunächst l. 66 Dig. 23,3, wo die Unmöglichkeit der Übertragung des Niessbrauchrechtes an einem extraneus anerkannt und als Aushülfe die die Übertragung einer obligatorisch geschützten Ausübungsbefugnis gestattet wird. Sodann wird aber die Unübertragbarkeit des Rechtes ausdrücklich in den oben citierten Stellen l. 15 Dig. 10,2 und § 3 Inst. 2,4 bestimmt. Denn der Einwand Elvers, dass aus letzterer Stelle die Übertragbarkeit, wenn auch nicht an einen Dritten, so doch an den Eigentümer anerkannt und daraus der Schluss zu ziehen sei, dass die Unübertragbarkeit bezüglich Dritter keine rechtsgültig gebliebene

[7]) Dernburg in Linde's Zeitschrift II. S. 56.
[8]) Elvers: Servitutenlehre S. 226 fg.
[9]) v. Blume: Übertragung S. 320.

Vorschrift, sondern nur eine vorübergehende Entwickelungsform gewesen sei, die für das spätere Recht ihre Gültigkeit verloren haben müsse, ist hinfällig, weil mit Siebeneicher[10] anzunehmen ist, dass diese Stelle augenscheinlich nicht besagen will, dass das Niessbrauchsrecht nur. dem Eigentümer übertragen werden könne, sondern nur, dass bei Verzicht des Niesbrauchers auf sein Recht — wobei die Rechtsform für den Verzicht die in iure cessio war — eine confusio eintrat und für diesen Fall das Niessbrauchsrecht untergehen soll. Dass die in iure cessio hier nur die Form des Verzichtes darstellt, geht aus l. 29 § 1 Dig. 7,4 hervor, wonach die formlose Übertragung der Ausübung des Rechtes an den Eigentümer sowohl wie an Dritte gestattet ist, mit der Wirkung, dass das Niessbrauchsrecht dem Niessbraucher verbleibt. Dieselbe Deduktion bezüglich des Eigentümers gilt auch für l. 66 Dig. 23,3, wo ebenfalls nur ein Verzicht auf das Niessbrauchsrecht gemeint ist. Damit ist auch die Ansicht Glück's[11], dass die Übertragung des Rechts nur an den Eigentümer gestattet sei, hinfällig. Elvers stützt sich ferner auf l. 8 § 2 Dig. 18,6, indem er ausführt, dass der Ausdruck: »utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas« die Übertragbarkeit bezeuge. Aber gerade der folgende Satz dieses § »nam priore casu etc. . . .« beweist die Unrichtigkeit dieser Ansicht, da darin ausgesprochen ist, dass in den bezeichneten Falle beim

---

[10]) Siebeneicher: a. a. O., S. 9. fg.
[11]) Glück: Pand. 9. S. 217.

Tode des Käufers kein Untergang des Niessbrauchrechtes stattfindet, was, wenn es sich um die Übertragung des Rechtes selbst handelte, dem Wesen des Niesbrauchs widersprechen würde. Die angeführte Stelle betrifft also nur die Ausübungsübertragung, und von einer Möglichkeit der Übertragung des Niessbrauchsrechtes durch den Niessbraucher auf einen Dritten kann nicht die Rede sein.[12]

Der erste Entwurf des BGB. § 1011 liess allerdings hauptsächlich mit Rücksicht darauf, dass das Wesen des Niessbrauchs nicht unbedingt die persönliche Ziehung der Nutzungen in sich schliesse, geradezu Veräusserung und Belastung des rechtsgeschäftlichen Niessbrauchs mit Ausnahme des elterlichen und ehemännlichen zu. Die 2. Kommission ging aber unter Berücksichtigung der mit dem Niessbrauch verknüpften Vertrauensstellung des Berechtigten davon aus,[13] »dass die Hauptfälle des rechtsgeschäftlichen Niessbrauchs, nämlich der testamentarisch angeordnete, der zu Gunsten der Ehefrau, und die Leibzucht bei Auszugsverträgen familienrechtlicher Natur seien, sodass Unveräusserlichkeit dem regelmässigen Wesen des Niessbrauchs entspräche.« So ist § 1059 BGB. entstanden: »Der Niessbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Niessbrauchs kann einem Anderen überlassen werden.«

Diese Überlassung der Ausübung wird nun in den meisten Fällen in der Weise geschehen, dass der Niess-

[12]) derselben Ansicht: Arndts: ziv. Schriften Bd. I. S. 187 fg.
[13]) Kom. Prot. S. 4097, 8608.

braucher den Niessbrauchgegenstand vermietet oder verpachtet. Andererseits ist aber auch die Überlassung des Ausübungsrechtes als solchen durch Kauf wohl denkbar, und zwar kann sie sich entweder auf alle durch den Niessbrauch begründeten Rechte oder nur auf einzelne Nutzungen erstrecken. Denn warum sollte es nicht möglich sein, eine Funktion meines Niessbrauchsrechtes, nämlich die ökonomische Nutzung gegen Entgelt in der Weise auf einen Andern zu übertragen, dass ich ihm das allerdings nur obligatorisch wirkende Recht verschaffe, meinen Nutzen, den mir der Niessbrauchsgegenstand gewähren würde, bis zu meinem Tode sich anzueignen. Eine dem widersprechende Bestimmung giebt es nicht. Es handelt sich hierbei um die käufliche Schaffung eines Rechtes, dessen Beschaffenheit wie wir unten sehen werden, von besonderer Art ist; beim Mieth- oder Pachtvertrag dagegen kommt nur die Gestattung der Benutzung bezw. Fruchtziehung der Sache selbst gegen Zahlung eines nach Zeitabschnitten bestimmten Miethzinses in Frage.

Ein Verkauf der Ausübung des Niesbrauchrechtes wird z. B. in dem Falle vorzuziehen sein, wenn der Niessbraucher auswandert, da es ihm hier doch angenehmer sein wird, den einmaligen Kaufpreis zu bekommen, als eine etwa jährliche Pachtquote jedesmal einzuziehen. Eine weitere Konsequenz dieser Unterscheidung liegt ferner darin, dass der Verpächter des Niessbrauchgegenstandes für die Instandhaltung des-

selben Sorge tragen muss, während beim Verkauf des Rechtes der Ausübung der Verkäufer dem Käufer gegenüber eine solche Pflicht bezüglich des Niessbrauchgegenstandes nicht hat, sondern nur später dem Eigentümer gegenüber zur Rückgewähr des unversehrten Gegenstandes verbunden ist.

Wie oben erwähnt, braucht die Überlassung der Ausübung sich nicht immer auf den gesammten Umfang der dem Niessbrauchsrecht unterworfenen Nutzungen beziehen, sondern es kann die Ausübung auch nur in beschränktem Masse überlassen werden, indem man z. B. nur an einem Thelle der dem Niessbrauch unterworfenen Sache oder in einzelnen Beziehungen die Ausübung verkauft. Diese rechtliche Form wird allerdings in der Praxis nicht häufig gewählt werden, sie ist aber dennoch möglich und durchführbar. Denn wenn z. B. A den Niessbrauch an einer dem B. gehörenden Strassenbahnaktie hat, so steht doch nichts im Wege, dass er den Anspruch auf die Hälfte der sich aus seinem Niessbrauchrecht ergebenden Vorteile, die der Höhe nach an sich noch unbestimmt sind, an C. verkauft Er überlässt hierdurch die Ausübung seines Niessbrauches zur Hälfte an C. Eine dieser rechtlichen Form entgegenstehende gesetzliche Bestimmung giebt es wenigstens nicht.

Zu unterscheiden von diesem durch Verkauf geschaffenen Ausübungs r e c h t e ist aber auch der Fall, wo der Niessbraucher die einzelnen Nutzungen verkauft. Es ist dies nicht dasselbe. Denn im ersteren Falle ist

Objekt des Verkaufs das Ausübungsrecht, im zweiten dagegen die einzelnen Nutzungen. Der Unterschied zeigt sich z. B. darin, dass beim Kaufe des Ausübungsrechtes es in das Belieben des Käufers gestellt bleibt, sein gekauftes Recht auszuüben oder nicht. Bei dem Verkaufe der einzelnen Nutzungen kann der Verkäufer aber nach § 433,2 auf Abnahme klagen, er haftet für die Fehlerlosigkeit der Nutzungsgegenstände nach den Grundsätzen über Sachmängel, und es kommen überhaupt alle für den Verkauf von Sachen gegebenen Bestimmungen in Anwendung, da es sich hier um einen Sachkauf, dort aber um die kaufweise Schaffung des Ausübungsrechtes handelt.

Bemerkenswerth ist auch noch die Schrift von Haase[14], welcher statt der Ausübungsübertragung des Niessbrauchs die der ökonomischen Nutzung und damit einen Niessbrauch am Niessbrauchrechte konstruieren will. Abgesehen davon, dass die künstliche Auslegung des dieser Konstruktion entgegenstehenden Satzes servitus servitutis esse non potest und der Stellen l. 15 § 7, l. 16 und l. 17 pr. Dig. 7,1 äusserst bedenklich erscheint, und seiner Auffassung der Umstand entgegensteht, dass durch den Tod des Ausübungsberechtigten das gekaufte Recht nicht beendigt wird, sondern den Erben des Ausübungsberechtigten zu gute kommt,[15] ist im § 1069 Abs. 2 BGB. seine Ansicht ausdrücklich verworfen.

---

[14]) Haase: Übertragung S. 250 u. S. 261.
[15]) l. 8 § 2, Dig. 18,6.

Was endlich die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten angeht, so zählte das römische Recht hierzu den usus, die habitatio und die operae servorum. Alle drei Institute waren dem Rechte nach, da sie als höchstpersönliche mit der Person des Berechtigten untrennbar verknüpfte Rechte angesehen wurden, unübertragbar. Dies geht aus l. 11 Dig. 7,8 hervor . . . . nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest. (Ebenso § 1 Inst. 2,5). Beim usus war sogar nicht einmal die Ausübung übertragbar (siehe § 1 bis 3 Inst. 2,5). Es wurden hierbei jedoch einige Ausnahmen gemacht. So konnte der Usuar, wenn sein Recht in dem Wohnungsrecht in einem Gebäude bestand, seine Familie, Dienerschaft und Gäste bei sich aufnehmen, oder wenn das Recht sich auf eine fruchttragende Sache z. B. ein Landhaus mit Garten bezog, für sich und die Seinigen Obst u. s. w. dem Garten entnehmen.[16] Natürlich nur in einer Weise, für deren Umfang das persönliche Bedürfnis und die aequitas massgebend waren, und wenn durch die Ausübung der Ertrag unmittelbar der Befriedigung der Bedürfnisse des Berechtigten zu Gute kam. Nur eine getrennte Vermietung an Andere[17] oder ein Verkauf der Früchte[18] war ihm nicht erlaubt. In einem einzigen Falle allerdings war Veräusserung des usus ausnahmsweise zugelassen, nämlich in dem Falle der l. 10 § 1 Dig. 10,3, wenn an einer Sache für zwei ver-

[16]) vgl. Elvers: Servitutenlehre S. 609 fg.
[17]) l. 4, 5, 6, 7 Dig. 7,8. Dernburg: Pand I, 2. S. 215.
[18]) l. 12 § 1 Dig. 7,8. Dernburg a. a. O.

schiedene Personen ein usus bestellt war, der gleichzeitig von ihnen ausgeübt werden sollte und nach entstandenem Streit zwischen beiden die richterliche Entscheidung angerufen wurde. Dann konnte der Richter dem einem den Usus an der ganzen Sache zusprechen unter der Auflage, den andern mit Geld abzufinden. Es ist dies aber keine käufliche Übertragung, sondern eine solche kraft richterlichen Gebots und kommt für unser Thema daher nicht in Betracht. Ebensowenig war auch ein Verkauf der habitatio der Ausübung nach gestattet,[19] nur eine Vermiethung der Wohnung wurde durch Justinian aus humanen Gründen zugelassen.[20] Was die operae servorum anlangt, so war Vermiethung der Ausübung zulässig,[21] jedoch ist aus dem Wesen des Instituts anzunehmen, dass ein Verkauf derselben oder der Ausübung nicht angängig war. Es ist also eine kaufweise Übertragung aller dieser geschilderten Rechte auf einen Dritten durch Kauf ausgeschlossen.

Die Anwendbarkeit dieser drei römischen Institute auf das gemeine Recht ist bestritten.[22] Diese Streitfrage kommt aber für uns hier nicht weiter in Betracht, da die Unübertragbarkeit aller persönlichen Dienstbarkeiten durch Verkauf für das gemeine Recht feststeht.[23]

---

[19]) l.10 pr. Dig. 7,8. Elvers: S. 635 (a. a. O.)
[20]) l. 13 § 1. Cod. 3,33. Dernburg: Pand I, 2 S. 216. Baron: Pand. § 158,5
[21]) Windscheid: Pand I. S. 942. l. 2, Dig. 33,2.
[22]) dafür ist: Windscheid: Pand I S. 939 a. 6.
dagegen: Dernburg: Pand I. 2, S. 216. Sintenis: C. R. § 60 Anmk. 2. Seuffert: Pand. § 171.
[23]) Windscheid: Pand. I. S. 915.

Dasselbe gilt auch von den im modernen gemeinen Recht vorkommenden irregulären Personalservituten, deren Unübertragbarkeit sich ebenfalls daraus ergiebt, dass sie unmittelbar mit der Person des Berechtigten verbunden sind.

Nach BGB. § 1092, das die Belastung von Grundstücken mit persönlichen Nutzungsrechten, die dem Berechtigten nur die Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen gestatten, und ausserdem ein an die römische habitatio erinnerndes Institut der Wohnungsbenutzung kennt, ist die Übertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gleichfalls ausgeschlossen, doch ist die Übertragung der Ausübung möglich, falls dies vorher vertragsmässig von dem Eigentümer dem Berechtigten gestattet ist. Diese Gestattung durch den Eigentümer ist in das Grundbuch bei der Einräumung des Rechtes selbst einzutragen, da sie eine Erweiterung des gesetzlichen Inhalts der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bildet. Wird die Übertragung der Ausübung erst später gestattet, so ist daher hierfür Eintragung der dinglichen Einigung ins Grundbuch erforderlich.[24]

Es sind also nach dem Gesagten folgende dingliche Nutzungsrechte durch Verkauf auf einen Dritten übertragbar:

1) Superficies.
2) Ausübung des Niessbrauchs.
3) nach BGB. Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bei Erlaubnis.

---

[24]) Vgl. Planck: III. S. 411.

§ 11.

Die Übertragung einer Superficies durch Verkauf geschieht, wie wir im nächsten § näher sehen werden, nach gemeinem Recht in der Form des dinglichen Vertrages verbunden mit Tradition. In diesem dinglichen Vertrage überträgt der Verkäufer dem Käufer das dingliche Recht, also auch gleichzeitig die mit diesem verknüpften dinglichen Ansprüche. Wenn sich diese Cession der dinglichen Ansprüche auch meistens stillschweigend nebenher vollzieht, so liegt aber doch eine Cession vor, und der Verkäufer hat daher als Cedent dieselben Pflichten zu erfüllen, wie sie oben bei der Cession einer Forderung geschildert sind. Er muss daher in erster Linie über die cedierten dinglichen Ansprüche die zu ihrer Geltendmachung erforderliche Auskunft erteilen, sowie etwaige Beweis- oder Sicherungsmittel herausgeben.

Nach BGB. finden gemäss § 413 die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, falls das Gesetz nichts anderes vorschreibt. In der zur Übertragung des Erbbaurechts neben der Eintragung ins Grundbuch erforderlichen dinglichen Einigung verbirgt sich ebenfalls die Cession der dinglichen Ansprüche und es kommen daher sowohl die §§ 402, 403 wie auch der § 444 in Anwendung.

Analog dem Forderungsverkauf ist ferner der Verkäufer einer Superficies ebenfalls verpflichtet, allen

Nutzen, den er nachträglich aus dem übertragenen Recht erhält, herauszugeben. Wir können uns daher auf das im § 4 Gesagte beziehen.

Anders dagegen verhält es sich mit der Übertragung der Niessbrauchsausübung. Hier haben wir nicht, wie bei der Superficies, einen Übergang des Rechtes selbst auf den Käufer mit der Wirkung, dass der Verkäufer aus dem bisherigen Rechtsverhältnis zum Eigentümer gänzlich ausscheidet, und der Käufer an seine Stelle tritt, sondern es entsteht durch den Verkauf der Ausübungsberechtigung ein eigentümliches Rechtsverhältnis. Der Verkäufer scheidet hier nicht aus dem Rechtsverhältnis aus, sondern überträgt nur einen Ausfluss seines Rechtes auf den Käufer, während das Recht selbst als mit seiner Person verknüpft nicht von derselben getrennt werden kann. Er behält dieses Recht — allerdings nur als ein nudum ius, da er die den wirtschaftlichen Wert repräsentierende Funktion seines Rechtes abgiebt, — und bleibt als Berechtigter dinglich legitimiert. Der Käufer erhält hier nur, wie gesagt, eine Funktion des Rechtes, nämlich die Berechtigung, den durch das Niessbrauchrecht begründeten Anspruch auf Fruchtziehung und Benutzung des Niessbrauchgegenstandes auszuüben. Diese Berechtigung wird aber erst durch Vertrag (siehe S. 58) in der Person des Käufers begründet. Dagegen kann man hier nicht davon sprechen, dass der Niessbraucher dem Käufer einen ihm bisher gegen den Eigentümer zustehenden Anspruch cediert; denn mit der Cession würde der

Niessbraucher sein Gläubigerrecht gegenüber dem Eigentümer verlieren, es müsste ferner Denunziation an den Eigentümer verlangt werden, überhaupt sämtliche Regeln über Cession in Anwendung kommen. Dies widerspricht aber gerade der ganzen Stellung des Ausübungsberechtigten, auf die wir im nächsten § näher eingehen werden.

Die gegenteilige Ansicht Arndt's,[2] dass die dinglichen Klagen dem Ausübungserwerber, wenn nicht ausdrücklich erklärt, stillschweigend zugleich mit der Übertragung des Ausübungsrechtes cediert würden, ist daher zu verwerfen. Der Verkäufer behält vielmehr seine Klagen gegenüber dem Eigentümer, was bei einer Cession derselben doch nicht der Fall wäre, und der Ausübungsberechtigte wird als solcher nur in der unten zu schildernden Weise vom Prätor dinglich geschützt. Denn wenn man sich auf den Standpunkt Arndt's stellen würde, so würde der Niessbraucher nach Cession der dinglichen Ansprüche ohne Klage und dem Eigentümer gegenüber machtlos sein. Es würde ferner der Ausübungsberechtigte in dem Falle, dass ihm die Ausübung nur auf eine bestimmte Zeit verkauft ist, nach Ablauf der Zeit die Klagen dem Niessbraucher wiederum cedieren, und diese Cession dem Eigentümer denunziert werden müssen, ein Verfahren, das keinesfalls praktisch gewesen sein würde. Ausserdem würde, wenn der Ausübungsberechtigte, der auf Zeit das Ausübungsrecht erworben hat, dem Eigentümer, seinem debitor cessus, gegenüber auf seine Ansprüche ver-

[2]) Arndts in Linde's Zeitschrifr Bd. 8 S. 88 fg.

zichtete, der Anspruch untergehen und nach Ablauf der Zeit der Niessbraucher nicht in der Lage sein, seine Klagen wiederzubekommen. Alledem widerspricht aber die l. 11 § 2 Dig. 20,1, aus deren Wortlaut nur hervorgeht, dass der Ausübungsberechtigte dinglichen Schutz erhält, aber nicht, dass ihm die dinglichen Klagen vom Niessbraucher cediert werden müssen. Die in dieser Stelle angeführte exceptio, aus der sich auf eine actio schliessen lässt, ist vielmehr eine eigene nicht vom Niessbraucher hergeleitete Klage.[3] Daher ist auch die Ansicht Unterholzner's[4] zu verwerfen, welcher behauptet, dass der Verkäufer der Ausübung zu einem »cedere actiones« verpflichtet sei, damit der Käufer seine Ansprüche durch sie verfolgen könne. Es können daher die sich aus einer Cession für den Verkäufer ergebenden Verpflichtungen hier nicht in Betracht kommen.

Ebenso ist es auch nach BGB., wo der Käufer einer Niesbrauchausübung oder der Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit überhaupt nur ein obligatorisches Recht auf Fruchtziehung bezw. Benutzung erhält. Es kann daher auch hier von irgend welchen sich aus einer Cession ergebenden Verpflichtungen nicht die Rede sein, da der Verkäufer seine sämmtlichen Ansprüche dem Eigentümer gegenüber behält und dieselben jederzeit — unbeschadet des Rechtes des Ausübungsberechtigten — geltend machen kann.

Aus dem Kaufvertrage jedoch ist der Verkäufer der Niessbrauchausübung auch hier sowohl nach ge-

[3]) Siebeneicher: a. a. O. S. 20.
[4]) Unterholzner: II. S. 285.

meinem Recht wie nach BGB. zur Rückerstattung des nach Übertragung des Rechtes Erhaltenen verbunden[5] und muss nach § 444 BGB. die nötige Auskunft bezüglich des Rechtes erteilen.

§ 12.

Aus dem Verkauf als solchem entsteht bei den dinglichen Nutzungsrechten ebenfalls für den Verkäufer in erster Linie die Pflicht, das verkaufte Recht zu übereignen. Nach gemeinem Recht genügt hier, ebenso wie bei Forderungen, dass der Käufer in den ungehinderten Genuss seines Rechtes kommt, also das habere licere ihm gewährt wird. Über die daraus entstehende Haftung für Eviktion siehe unten § 13. Das BGB. § 433 verlangt hier ebenfalls statt dessen die direkte Verschaffung des Rechtes und, falls das Recht zum Besitze der Sache berechtigt, die Übergabe der Sache.

Die Übertragung der Superficies geschieht nach gemeinem Recht zunächst durch dinglichen Vertrag. Ob zu diesem Vertrage noch Tradition hinzukommen muss, ist streitig. Dafür ist Windscheid,[1] indem er sich auf l. § 7 Dig. 43,18: sed et tradi posse intellegendum est, sowie auf die Analogie der Emphyteuse stützt. Diese Auffassung wird von Wächter[2] bekämpft, indem er da-

[5]) Unterholzner: II. S. 285.
[1]) Windscheid: Pand I. S. 1002.
[2]) Wächter: Superficiar- u. Platzrecht S. 106.

gegen anführt, dass die l. 1 § 7 Dig. 43,18 nur von der Möglichkeit, nicht von einer Notwendigkeit der Tradition spräche und eine Beziehung der l. 12 § 2 Dig. 6, 2 auf ein Emphyteutrecht nicht unzweifelhaft sei. Mit Recht führt indessen eine Entscheidung des Reichsgerichts[3] aus, »dass der § 7 nicht davon handelt, dass der Besitz, sondern davon, ob das superficiarische Recht auf einen andern übertragen werden könne. Wenn dies bejaht und hierbei die Übertragung des Rechtes durch tradi bezeichnet wird, so ist hieraus zu schliessen, dass die Tradition als Erfordernis für die Übertragung des Rechts angesehen worden ist. Hierfür spricht auch die Erwägung, dass es angemessen erscheint, das superficiarische Recht, wenn es auch kein Eigentum ist, doch wegen seines dem Eigentum nahekommenden Inhalts und wegen seiner im Verkehr gewöhnlichen Auffassung als Eigentum am Gebäude hinsichtlich der Erfordernisse der Übertragung dem Eigentum gleichzustellen.« Der Verkäufer muss daher ausser dem dinglichen Vertrage auch noch die Tradition vornehmen.

Die durch die soeben angeführte Reichsgerichts-Entscheidung empfohlene Gleichstellung der Superficies mit dem Eigentum führt das BGB. durch, indem es im § 1017 bestimmt: »Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften. Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung. »Der Verkäufer

[3]) E. R. Bd. IX. S. 144.

eines bestehenden Erbbaurechts ist also verpflichtet, gemäss § 925 durch dinglichen Vertrag — Auflassung — in den Übergang des Rechtes einzuwilligen und diese Einigung bei Anwesenheit beider Parteien vor dem Grundbuchrichter zu erklären. Das Gericht muss nach § 7 GBO., da es sich um Veräusserung des Rechtes handelt, ein besonderes Grundbuchbaltt hierfür anlegen.

Ausserdem ist der Verkäufer, da es sich um ein Recht handelt, das zum Besitz der Sache berechtigt,[4] gemäss § 433 zur Übergabe des bereits bestehenden Bauwerks, oder wenn ein solches noch nicht vorhanden, des Grund und Bodens, auf welchen sich die Belastung mit dem Rechte erstreckt, verpflichtet.

Bei dem Verkauf der Ausübung eines Niessbrauchsrechtes behält der Verkäufer nach gemeinem Recht sein dingliches Nutzungsrecht, wenn auch freilich als ein nudum ius, da er die dem wirtschaftlichen Wert repräsentierende Funktion des Rechtes abgiebt, er bleibt jedoch als Berechtigter dinglich legitimiert. Er ist daher als Verkäufer der Ausübung nur dazu verpflichtet, das Ausübungsrecht in der Person des Käufers zu begründen. Über die Form dieser Begründung ist in der Gesetzgebung und Litteratur nichts enthalten. Dass eine Cession nicht in Frage kommt, ist bereits oben erörtert. Nach allgemeinen Grundsätzen geschieht die Begründung des Ausübungsrechtes vielmehr in der Weise, dass der Verkäufer dem Käufer gegenüber einerseits seine Einwilligung in die Ausübung des Niess-

[4]) vergl. Planck: II, S. 227.

brauchs erklärt und dieser damit einverstanden ist. In den meisten Fällen wird dieser Vertrag gleichzeitig in dem Kaufvertrage enthalten sein. Wenn nicht, muss der Verkäufer auf Grund des Kaufvertrages durch Vertrag in der geschilderten Weise das Ausübungsrecht dem Käufer einräumen, was auch stillschweigend oder durch konkludente Handlungen geschehen kann. Andererseits muss er ihn gleichzeitig auch in den Stand setzen, das gekaufte Ausübungsrecht in entsprechendem Umfange ausüben zu können, wozu in den meisten Fällen Besitzübertragung der dem Niessbrauch unterworfenen Sache gehören wird.

Die Stellung, die der Ausübungserwerber hierdurch erlangt, ist eine eigentümliche, und es bestehen darüber verschiedene Ansichten. Ursprünglich war die Stellung des Ausübungsberechtigten nur von obligatorischer Wirkung, wie sich aus l. 57 Dig. 24,3 ergiebt. In späterer Zeit aber wurde ihm vom Prätor sowohl possessorischer wie petitorischer Schutz gewährt. Dies geht aus l. 11 § 2 Dig. 20,1 hervor: Usufructus an possit pignori hypothekaeve dari, quaesitum est sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet, et scribit Papinianus libro undecimo responsionum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei ius uti frui invito se, tali exceptione eum praetor tuebitur: si non inter creditorem et eum ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit, nam et cum emptorem usufructus tuetur praetor, cur non et credi-

torem tuebitur. eadem ratione et debitori obicietur exceptio. Aus dieser exceptio kann man aber auch auf eine actio schliessen, denn nach richtiger Meinung[5] ist anzunehmen, dass der Prätor ihm, wenn er nicht mehr im Besitz war, sich also durch exceptio nicht mehr schützen konnte, in ähnlicher Weise, wie bei der Publiciana Serviana actio durch eine actio confessoria utilis half. Dass diese actio, wie Arndts meint, nicht vom Niessbraucher cediert wird, haben wir bereits oben nachgewiesen. Auch dass sie durch den Ausübungsberechtigten als Stellvertreter des Usufruktuars angestellt wird, wie Baron[6] behauptet, ist nicht richtig, da kein Mandat vorliegt. Sie ist vielmehr eine selbständige Klage, die sich nicht nur gegen Dritte und den Eigentümer, sondern sogar gegen den Niessbraucher selbst richtet, wie aus l. 11 § 2 cit. hervorgeht: . . . . eadem ratione et debitori obicietur exceptio.[7] Arndts leugnet dies natürlich, da es nicht angeht, gegen den Cedenten, den eigentlich Berechtigten, die cedierte Klage anzustellen. Der Schluss der l. 11 § 2 cit. sagt aber ausdrücklich, dass der Erwerber der Niessbrauchsausübung gegen den Übertragenden (Verpfändenden) in derselben Weise geschützt werden soll, wie gegen Dritte, also nicht nur obligatorisch, sondern

---

[5]) Arndts: Civ. Schriften I. S. 194.
Windscheid: Pand I. S. 926 Anmk. 4.
Bechmann: Kauf II, 1, S. 126.
Siebeneicher: a. a. O. S. 15.

[6]) Baron: Pand. S. 291.

[7]) Windscheid: actio S. 136.

auch dinglich. Diese Klage ist aber auch nicht, wie Windscheid behauptet,[8] eine aus dem Recht des Niessbrauchers hergeleitete Klage, die von dem Ausübungsberechtigten in eigenem Namen geltend gemacht wird, sondern, wie oben dargestellt, eine selbständige, aus dem Ausübungsrecht als solchem sich ergebende Klage. Dies geht auch daraus hervor, dass der Ausübungsberechtigte, wenn er nur das Recht des Niessbrauchers ausübte, auch nur dessen Einreden dem Eigentümer gegenüber geltend machen könnte. Nach l. 11 § 2 cit. steht ihm aber folgende Einrede zur Seite: »si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit,« eine Einrede, welche offenbar nicht auf das Recht des Niessbrauchers sondern auf die besondere Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten sich gründet.[9]

Ausser dieser dinglichen actio kann er natürlich auch mit der obligatorischen aus dem Kaufvertrage gegen den Niessbraucher vorgehen. Schliesslich stehen ihm zum Schutze seiner quasipossessorischen Rechtsstellung nach Analogie des Sachbesitzes die possessorischen Interdikte zur Seite. Der Käufer erhält also nach gemeinem Recht nicht nur ein obligatorisches Recht dem Verkäufer gegenüber, sondern des Recht, sein Ausübungsrecht kraft eigenen Rechtes geltend zu machen.[10]

---

[8]) Windscheid: actio S. 136.
[9]) siehe Siebeneicher a. a. O. S. 18-19.
[10]) vergl. Seuffert Arch. : Bd. 42. S. 25.

Das Recht des Ausübungsberechtigten bleibt aber an die Person des Verkäufers geknüpft. Dieser muss daher nach wie vor die cautio usufructuaria leisten, und das Recht erlischt mit seinem Tode. Stirbt dagegen der Käufer, so treten dessen Erben an seine Stelle. Dagegen ist ein Verzicht des Verkäufers auf das Recht des Ausübenden ohne Wirkung,[11] da der Niessbraucher, wie auch eine Reichsgerichtsentscheidung[12] richtig ausführt, sein Dispositionsrecht über die Ausübung verloren hat. Daher ist die Berufung Dernburg's,[13] der der gegenteiligen Ansicht ist, auf § 3 Inst. II, 4 unzutreffend, da diese sich überhaupt nicht auf den Fall bezieht, dass die Niessbrauchsausübung vom Niessbraucher noch anderweitig verkauft ist. Es kann vielmehr die dem Käufer gegebene actio utilis diesem nicht mehr entzogen werden.

Nach B.G.B. ist die Rechtsstellung desjenigen, der eine Niessbrauchsausübung kauft, eine andere. Der Käufer hat hier keine dingliche Rechtsstellung, sondern nur obligatorische Ansprüche an den Verkäufer.[14] Dieser ist daher nur verpflichtet, die Erlaubnis zur Ausübung des Niessbrauchs zu geben und den Käufer in den Stand zu setzen, sein Recht ausüben zu können. Falls

[11]) vergl. Bechmann a. a. O. S. 128.
[12]) E. R. Bd. 16 S. 112.
[13]) Dernburg: Pfandr. I. S. 485.
[14]) Biermann: Sachenk. S. 156.
Planck: III. S. 368.
Cosack: II. S. 182.
Standinger III S. 172.
Heidleni II S. 277.
Siebeneicher: a. a. D. S. 30.

sich der Niessbrauch auf ein Grundstück oder auf ein im Grundbuch eingetragenes Recht z. B. Hypothek bezieht, so gilt die Übertragung der Ausübung nicht als Belastung im Sinne des § 873 B.G.B. und bedarf daher auch nicht der Eintragung.

Ausserdem ist er in den meisten Fällen, sobald die Ausübung die Innehabung des Besitzes erheischt, sowohl bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen zur Besitzübertragung verpflichtet, da er nach § 433 das Recht verschaffen, also den Käufer in die Lage setzen muss, — nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — sein Recht ausüben zu können. Jedenfalls wird eine Besitzübertragung stets dann erforderlich sein, wenn es sich um den Verkauf der Ausübung im Ganzen handelt. Wie aber oben erwähnt, ist nach unserer Ansicht auch ein Verkauf der Ausübung zu einem gewissen Theil oder in gewissen Beziehungen möglich. Hierbei sind nun auch Fälle denkbar, in denen die Ausübung des Niessbrauchs nicht unbedingt Besitzübertragung erfordert. Denn wenn z. B. A. die Ausübung seines an einem Obstgarten bestehenden Niessbrauchs bezüglich nur eines Theiles der Bäume an B. verkauft hat, den anderen Teil aber für sich behalten hat, so ist keine Besitzübertragung an B erforderlich, sondern es genügt, dass A die Fortschaffung der Früchte gestattet. Dies wird um so mehr einleuchten, wenn die Ausübung sich nur auf den Ertrag der Bäume, nicht aber auf das zwischen den Obstbäumen wachsende Gras oder Gemüse bezieht.

Man wird daher sagen können, dass das Ausübungsrecht nicht zu den Rechten gehört, welche ohne Weiteres zum Besitz einer Sache berechtigen. Es ist die Besitzübertragung vielmehr nur eine zwischen den Parteien bestehende, sich nach dem concreten Fall richtende obligatorische Verpflichtung. Auch Planck[15] führt das Ausübungsrecht in seiner Aufzählung der zum Besitz berechtigenden Rechte nicht mit auf. Mit dieser Auffassung steht auch die Ansicht Staudingers[16] im Einklang, welcher sagt: »Der Verkäufer hat das Recht so zu verschaffen, wie es einerseits dem Inhalt des obligatorischen Vertrages und andrerseits dem rechtlichen Begriff und dem rechtlichen Umfang der concreten Berechtigung entspricht. Oft verlangen die Verschaffungsakte ausser der Einigung auch die Übergabe der Sache, wenn zur Ausübung des fraglichen Rechtes an derselben deren Übergabe erforderlich und deshalb der Rechtsträger auch zum Besitz der Sache berechtigt ist.« Wenn dann Staudinger[17] später, ebenso wie Oertmann,[18] behauptet, dass das Ausübungsrecht ein Recht sei, das zum Besitz der Sache berechtigt, so hängt das damit zusammen, dass beide davon ausgehen, dass das Ausübungsrecht nur im Ganzen verkauft werden kann. Unsere gegenteilige Ansicht haben wir S. 47 entwickelt. Der Verkäufer ist also nur dann, wenn der Besitz unbedingt zur Ausübung des

[15]) Planck II. S. 227.
[16]) Staudinger II. S. 178.
[17]) Staudiger III. S. 186.
[18]) Oertmann: a. a. O. S. 165.

Niessbrauchs nöthig ist, auf Grund des Kaufvertrages zur Übertragung desselben verpflichtet.

Im übrigen hat der Ausübungsberechtigte zwar, wie schon gesagt, keine selbständige dingliche Rechtsposition, aber doch eine genügend geschützte Stellung.[19] Denn wenn er den Besitz der Niessbrauchsache erlangt hat, hat er dem Eigentümer gegenüber gemäss § 986 die Einrede des Rechtes zum Besitz,[20] und geniesst als Besitzer possessorischen Schutz aus den §§ 859, 861 fg. u. 1007. Ausserdem hat er ein unentziehbares Fruchtziehungsrecht nach §§ 956,2 und 957.

Dagegen bleibt sein Ausübungsrecht in gewissen Beziehungen doch völlig abhängig von dem Rechte des Verkäufers. Es erlischt, wenn der Verkäufer stirbt, und ebenso, wenn derselbe darauf verzichtet. Denn da er, wie gesagt, nicht eine dingliche sondern nur eine obligatorische Rechtsstellung einnimmt, tritt er zu dem Eigentümer in keine Beziehung. Der Verzicht des Niessbrauchers gemäss §§ 1064, 875 beendigt daher auch sein Ausübungsrecht. Doch kann er sich natürlich in diesem Fall an den Niessbraucher halten, da man den zwischen ihm und dem Niessbraucher abgeschlossenen Kaufvertag mit Rücksicht auf § 157 B.G.B. dahin auslegen muss, dass der Verkäufer das erworbene Recht des Käufers nicht durch willkürliche Handlungen vereiteln oder beeinträchtigen darf, dass von beiden Parteien vielmehr nur der Tod des Ver-

[19]) Staudinger III. S. 172.
[20]) Planck: III. S. 254.

käufers als Endpunkt für die Dauer des Ausübungsrechtes vereinbart ist. Die gegenteilige Ansicht Staudinger's,[21] dass der Ausübungsberechtigte gegen Verzicht des Niessbrauchers auf Grund des § 1056 geschützt sei, ist unrichtig, denn diese Bestimmung trifft nur den Mieter oder Pächter des von dem Niessbrauch betroffenen Grundstücks und nicht denjenigen, der das Ausübungsrecht erworben hat. Daher befindet sich der Käufer des Ausübungsrechtes immerhin in einer ziemlich unsichern Lage, und es erscheint die Ansicht Haidlen's,[22] der Ausübungsberechtigte befinde sich in einer derartig geschützten Stellung, dass für die Gewährung einer dinglichen Rechtsposition kein Bedürfnis bliebe, bedenklich.

Diese Bestimmungen gelten analog, wenn die Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit verkauft wird.

§ 13.

Eine weitere Frage ist die, ob die Haftung des Verkäufers für Verität auch bei dem Verkauf von dinglichen Nutzungsrechten Geltung findet. Gewiss, denn in analoger Anwendung ist der Verkäufer hier ebenso verpflichtet, dafür einzustehen, dass das verkaufte Recht thatsächlich besteht und nicht durch Gegenrechte vernichtet oder beeinträchtigt wird. Und zwar gilt dies nicht nur bezüglich des Erbbaurechts, sondern auch bezüglich des Ausübungsrechts eines Niessbrauchs bzw. einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Denn,

[21]) Staudinger III. S. 172.
[22]) Haidlen II. S. 277.

wenn bei den letzteren auch, wie oben dargestellt, kein bisher bestehendes Recht in demselben Umfange übertragen wird, so wird doch durch die sogenannte Übertragung der Ausübung dem Käufer ein Recht geschaffen und zwar durch Verkauf. Der Verkäufer haftet auch hier dafür, dass das verkaufte Recht dem Käufer nicht durch entgegenstehende Rechte Dritter evinziert wird, z. B. in dem Falle, dass der Verkäufer garnicht das Niessbrauchsrecht besass oder die Ausübung bereits an einen andern übertragen hatte. Im Prinzip wird eine solche Haftung auch von Unterholzner[1] anerkannt, welcher ausführt, dass der Verkäufer der Ausübung nach gemeinem Recht dem Käufer wegen Eviktion Sicherheit leisten müsse. Wie aber gesagt, haftet der Verkäufer ohne weiteres für Eviktion d. verkauften Rechtes.

Nach gemeinem Recht haftet der Verkäufer wegen Eviktion des Rechts, wenn er nicht Eigentümer des Rechts war, oder ein Dritter ein besseres Recht an dem übertragenen Gegenstande hat, vermittels dessen das Recht des Käufers beeinträchtigt wird. Dies bezeugen die Stellen: l. 10 Dig. 21,2. Si quis per fundum, quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus eius esset, ius eundi agendi mihi vendiderit et cesserit, tenebitur mihi evictionis nomine ceteris non cedentibus; und l. 15 § 1 Dig. 21,2: Si usus fructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. sed si servitus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. Als Erforderniss der Haftung für Evik-

[1]) Unterholzner: a. a. O. S. 285.

tion wird im gemeinen Recht verlangt, dass der Rechtsmangel, infolge dessen das übertragene Recht dem Käufer abgestritten wird, schon vor der Übertragung vorhanden war, dass der Käufer in den meisten Fällen[2] das erworbene Recht in einem Prozesse verteidigt hat, dass er kraft richterlichen Urteils unterlegen ist, und dass er schliesslich den Verkäufer von dem mit dem Dritten entstandenen Rechtsstreit so zeitig benachrichtigt hat, dass es diesem noch möglich gewesen ist, etwaige Verteidigungsmittel prozessual geltend machen zu können.[3] Die Streitverkündung ist überflüssig, wenn der Verkäufer so wie so als Nebenintervenient im Prozesse auftritt, wenn er auf sie verzichtet,[4] oder sich derselben dolos entzieht,[5] oder sein Aufenthaltsort unbekannt ist.[6] Ebenso ist eine Absprechung des Rechts nach richtiger Meinung nicht immer notwendig, es genügt auch, wenn der Käufer die Sache freiwillig herausgegeben hat, wenn er nur den Nachweis führen kann, dass bei der Unbezweifelbarkeit des Rechts des Dritten der Rechtsstreit überflüssig gewesen sein würde. Die Gegner dieser Ansicht, z. B. Keller,[7] berufen sich auf l. 52 § 1 Dig. 21,2. Es geht aber aus l. 11 § 12 Dig. 19,1, sowie aus l. 29. pr. Dig. 21,2 und l. 13 § 15 Dig. 19,1 zur Genüge hervor, dass

[2]) vergl. Ausnahmen unten S. 68.
[3]) vergl. Schliemann: Haftung S. 73.
[4]) l. 63 pr. Dig. 21, 2.
[5]) l. 56 § 5 Dig. 21, 2. Göschen a. a. O. S. 95.
[6]) l. 56 § 6 Dig. 21, 2. Göschen a. a. O. S. 95. Dernburg: Pand. II. S. 270-271.
[7]) v. Keller: Pand. II. S. 64.

in verschiedenen Fällen eine Absprechung des Rechtes im Prozesswege nicht immer erforderlich ist. Man ist daher jetzt allgemein zu der Ansicht gekommen,[8] dass eine Absprechung des Rechtes durch richterliches Urteil nicht notwendig ist, wenn die Nutzlosigkeit der Litisdenunciation und prozessualen Widerstandes wegen der Unbezweifelbarkeit des gegnerischen Rechtes nachgewiesen wird.

Ferner muss dem Käufer der Kaufgegenstand wegen des Rechtsmangels entzogen sein,[9] dagegen tritt keine Haftung des Verkäufers ein, wenn der Kaufgegenstand untergegangen,[10] oder durch Verfügung der Staatsgewalt dem Käufer entzogen,[11] oder vom Käufer derelinquiert[12] oder schliesslich durch einen Andern dem Käufer gewaltsam fortgenommen[13] ist. Im letzteren Falle kann sogar, wenn der Verkäufer selbst den Gegenstand gewaltsam weggenommen, der Käufer nicht mit der actio empti vorgehen, da keine rechtliche, sondern eine faktische Störung des Besitzes eingetreten ist, die mit der Eviktionshaftung des Ver-

---

[8]) Windscheid: Pand. II. S. 627.
Sintenis: C. R. II. S. 632.
Baron: Pand. S. 528.
Brinz: Pand. II. S. 745.
Glück: Pand. 20. S. 401.
Puchta: Pand. S. 548.
Seuffert Arch: 16. No. 37.

[9]) Windscheid Pand. II. S. 627.

[10]) l. 21. pr. § 1 Dig. 21, 2.
l. 64. § 2 Dig. 21, 2.

[11]) l. 11 pr. Pig. 21, 2.

[12]) l. 76, l. 51, § 2 Dig. 21, 2.

[13]) l. 17 Cod. 4, 49.

käufers nichts zu thun hat; es stehen dem Käufer auch in diesem Fall nur die Klagen zu, die er gegen dritte Dejicienten hat.[14]

Was den Inhalt des Entwehrungsanspruchs betrifft, so richtet er sich, falls über die Höhe und den Umfang desselben eine besondere Verabredung getroffen ist, nach dieser. So pflegte man sich in Rom durch eine stipulatio duplae zu schützen. Im übrigen aber muss der Verkäufer dem Käufer vollständigen Schadensersatz für den durch die Eviktion erlittenen Nachteil leisten, insbesondere ist er verbunden, den Wert des Rechts zur Zeit der Eviktion, jeden andern positiven und negativen Schaden, der dem Käufer durch die Eviktion entsteht, und die etwaigen in Erwartung der Ausübung des Rechts gemachten Verwendungen des Käufers zu ersetzen und die Kosten des Eviktionsprozesses zu tragen.[15]

Dagegen fällt die Haftung wegen Eviktion fort, wenn der Käufer durch ein pactum de non praestanda evictione darauf verzichtet hat, wohei dem Verkäufer der Mangel des Rechts nicht bekannt gewesen sein darf;[16] und wenn der Käufer beim Abschluss des Kaufvertrages das Recht des Evincenten kannte und sich trotzdem keine Haftung ausbedungen hat.[17]

Ein beim Verkauf der Ausübung des Niessbrauchs sich für den Verkäufer ergebende eigentümliche Ver-

---

[14]) vergl. Seuffert Arch: XI. No. 27.
[15]) l. 8. Dig. 21, 2. l. 45 pr. § 1 Dig. 19. 1.
[16]) l. 6 § 9, l. 11 §§ 15, 18 Dig 19,1; l. 69 § 5 Dig. 21,2.
[17]) l. 18, l. 27 Cod. 8,44.

pflichtung führt Westphal[18] an, dass nämlich der Verkäufer dem Käufer anzeigen müsse, dass er selbst den Niessbrauch nur auf Lebenszeit habe, »damit sich der Käufer nur auf solange, als der Verkäufer lebt, Hoffnung machen könne.« Sei diese Anzeige unterblieben und der Käufer habe geglaubt, die Ausübung des Niessbrauchs für die eigene Lebensdauer gekauft zu haben, so hafteten die Erben des Verkäufers für Gewährleistung nach der bereits oben erwähnten Stelle l. 8 § 2 Dig. 18,6: Cum usum fructum mihi vendis interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an in ipsum corpus, quod tuum sit usumfructum mihi vendas. Nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur si tu vivis. Posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit. Es ist hier gesagt, dass sich der Niessbrauch nur auf die Lebensdauer des Berechtigten erstreckt. Der Käufer der Ausübung ist infolgedessen nur für die Lebenszeit des Verkäufers zur Ausübung berechtigt. Mit dessen Tode erlischt das Anrecht des Käufers auf die Ausübung, und er hat von den Erben des Verkäufers nichts zu fordern. Beim Tode des Käufers können dessen Erben die Ausübung fortsetzen. Im andern Falle dagegen, wo der Verkäufer gegen Entgelt an seiner Sache einen Niessbrauch bestellt hat, haben die Erben beim Tode des Käufers keinen Anspruch, wohl aber ist der Erbe des Verkäufers bei dessen Tode dem Käufer weiter verpflichtet.

---

[18]) Westphal: Lehre vom Kauf etc. S. 52.

Wenn Westphal also behauptet, dass beim Tode des Verkäufers dessen Erben, falls dem Käufer nichts beim Abschluss des Kaufvertrages von der mit der Lebensdauer des Verkäufers verknüpften Berechtigungsfrist bekannt war, diesem dafür haften, so kann er nur den Fall meinen, dass der Verkäufer von dem Käufer fälschlicherweise als Eigentümer, der gegen Entgelt den Niessbrauch bestellt habe, angesehen worden ist, und daraus ein Eviktionsanspruch hergeleitet werden könne. Es erstreckt sich aber die Haftung des Verkäufers einer Niessbrauchsausübung wegen Eviktion an und für sich nicht auf den Fall, dass das veräusserte Recht in einer auf seinem Wesen beruhenden Weise, namentlich durch den Tod des Niessbrauchers erlischt. Der Käufer kann daher in dem von Westphal angeführten Fall höchstens dem Verkäufer gegenüber sich darauf stützen, dass der Verkäufer in ihm beim Abschluss des Vertrages culpos den Glauben erweckt habe, es handele sich um einen zu begründenden Niessbrauch. Von einer Haftung der Erben des Verkäufers auf Grund der l. 8 § 2 cit. kann aber nicht die Rede sein.

Nach den B.G.B., welches im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Entwehrungsprinzig auf dem Verschaffungsprinzip besteht, hat die Gewährleistungspflicht nicht mehr die Bedeutung wie im gemeinen Recht, weil hier die Grundsätze über den Erwerb der Rechte an Grundstücken auf Grund der Eintragung ins Grundbuch, sowie diejenigen des gutgläubigen Eigentumser-

werbes — letzteres allerdings nur bezüglich beweglicher Sachen — eingreifen.

Des BGB. behandelt die Frage von der Haftung wegen Eviktion zunächst im § 437: Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes. Es gilt hier betreffs der Haftung des Verkäufers das oben Seite 27—31 bezüglich der Forderungen Gesagte; und zwar nicht nur beim Verkauf eines Erbbaurechts, sondern auch der Ausübung eines Niessbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, da es sich bei Letzterem ebenfalls um den Verkauf eines Rechtes handelt. Ausserdem bestimmt § 434: »Der Verkäufer ist verpflichtet, den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.« Im Vergleich zum gemeinen Recht tritt hier eine bedeutende Verschärfung der Verpflichtung des Verkäufers ein. Wie schon nach § 433 an Stelle des gemeinrechtlichen habere licre die Übertragung des Rechtes selbst verlangt wird, so ist der Verkäufer nach § 434 nicht nur garantiepflichtig, sondern er hat von vornherein die unbedingte Pflicht, den Kaufgegenstand frei von Rechten zu verschaffen, und zwar wird hiermit nicht nur die Freiheit von Nutzungsrechten Dritter, sondern von allen Rechten verlangt. Ebenso ist nicht mehr wie im gemeinen Recht notwendig, dass das Recht erst von dem betreffenden Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist, sondern schon die Möglichkeit der

Geltendmachung genügt, um eine Haftung eintreten zu lassen. Dies geht aus der dem Grundsatze der Rechtsverschaffung entsprechenden Bestimmung des § 434 hervor, wo es heisst: ». . . . . Rechte, die geltend gemacht werden können,« nicht die geltend gemacht sind. Während also nach gemeinem Recht die Entwehrung die grundsätzliche Vorbedingung des Gewährleistungsanspruches ist, bildet nach B.G.B. schon das Bestehen eines fremden Rechts eine genügende Voraussetzung der Erhebung der Gewährleistungsklage.[19] Nur für Rechte an beweglichen Sachen, welche zum Besitz der Sache berechtigen, ist das nach § 440 Abs. 2—4, § 441 bestimmte gemeinrechtliche Entwehrungsprinzip beibehalten worden, dass nämlich der Dritte sein Recht erst geltend gemacht haben muss. Dies kommt aber für uns nicht in Betracht, da das Erbbaurecht und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sich nur auf Grundstücke beziehen, und das Ausübungsrecht des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache, wie oben dargestellt, nicht ohne Weiteres zu den Rechten gerechnet werden kann, die zum Besitze der Sache berechtigen, sondern es hierbei auf den konkreten Fall ankommt, ob die Ausübung nicht ohne Besitz möglich ist. Ist dies letztere der Fall, so ist der Verkäufer zur Übertragung des Besitzes verpflichtet, und, wenn die Übertragung erfolgt ist, kommt die Bestimmung der §§ 440 Abs. 2—4, 441 zur Anwendung.

---

[19]) vergl. Crome; a. a. O. S. 438.

Oertmann[20] und Staudinger[21] wollen allerdings den § 441 ohne Weiteres auf den Verkauf der Ausübung eines Niessbrauchs an einer beweglichen Sache ausgedehnt wissen, da sie ja das Ausübungsrecht auf jeden Fall als ein zum Besitze berechtigendes Recht ansehen.

Wenn der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Recht bestreitet, so ist der Käufer nach § 442 beweispflichtig.

Um also seinen Verpflichtungen nachzukommen, hat der Verkäufer die an dem betreffenden Recht bestehenden Rechte Dritter auf seine Kosten zu beseitigen, und falls sie im Grundbuch eingetragen sind, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen. Erfüllt der Verkäufer diese Verpflichtungen nicht, so treten nach § 440 Abs. 1 die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge (§§ 320—327) ein, d. h. der Käufer ist nicht, wie nach römischen Recht, auf einen Interesseanspruch beschränkt, sondern kann einerseits die Kaufpreiszahlung verweigern, bis der Verkäufer seinen Pflichten genügt hat, andererseits den Verkäufer, falls dieser in Verzug ist, auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verklagen, oder ihm eine Frist zur Erfüllung setzen und nach deren fruchtlosem Ablaufe Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder endlich vom Vertrage zurücktreten und den etwa schon gezahlten Kaufpreis zurückfordern.

---

[20]) Oertmann: a. a. O. S. 165.
[21]) Staudinger a. a. O. S. 186.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers tritt dagegen nicht ein, wenn der Käufer den Mangel im Recht beim Abschluss des Vertrages kennt. (§ 439 Abs. 1). Trotz dieser Kenntniss des Käufers wird er aber von seiner Haftung nicht befreit, wenn die Belastung mit einem Pfandrecht den Grund des Rechtsmangels bildet, sei es, dass das betreffende Erbbaurecht an einen Dritten verpfändet, oder der Niessbrauchsgegenstand mit einem Pfandrecht belastet oder auch die Ausübungsbefugniss gemäss § 857 Abs. 3 C.P.O. gepfändet ist. In allen anderen Fällen, die nicht im § 439 Abs. 2 aufgeführt sind, hat der Verkäufer die ihm bekannten Mängel im Recht stillschweigend übernommen.

Zu betonen ist noch, dass im § 439 nur die Kenntniss des Käufers von dem Mangel zur Zeit des Kaufabschlusses in Betracht kommt, also falls der Käufer den Mangel absichtlich nicht rügt, ein stillschweigendes pactum de non praestanda evictione anzunehmen ist, während § 443 von einem ausdrücklich vereinbarten pactum de non praestenda evictione handelt, das im Fall des dolus auf Seiten des Verkäufers nichtig ist. Kennt der Käufer also den Rechtsmangel beim Abschluss des Vertrages, so ist anzunehmen, dass er auf die Haftung des Verkäufers verzichtet bezw. die aus dem Rechtsmangel sich ergebende Gefahr auf sich nehmen will.

Die Motive[22] sagen hierüber, »dass bei einem derartigen Vertrage, falls er nicht infolge eines gegen die

[22]) B.G.B. Motive II S. 216.

guten Sitten verstossenden Inhalts überhaupt nichtig ist, die Entscheidung von der Beurteilung des konkreten Falles abhängt, ob ein Verzicht des Erwerbers auf die Haftpflicht anzunehmen ist oder nicht.« Zu betonen ist noch, dass bei der Frage, ob der Käufer den Maugel gekannt hat oder hätte kennen müssen, auch an die Pflicht zur Auskunftserteilung zu denken ist. Schliesslich ist die Gewährleistungshaftung nach § 806 C.P.O. ausgeschlossen, wenn der Kaufgegenstand auf Grund einer Pfändung veräussert wird, da hierbei der der Eviktionshaftung innewohnende Charakter der vertragsmässig übernommenen Garantie fehlt.[22] Als »Kaufgegenstand« ist hier für uns sowohl das Erbbaurecht als auch die Ausübungsbefugnis des Niessbrauchs zu verstehen, da beide der Pfändung unterworfen sind, und zwar das Erstere gemäss §§ 1273, 1274 B.G.B. als ein übertragbares Recht und die Letztere gemäss § 857 Abs. 3 C.P.O.

§ 14.

Wie steht es aber mit der Haftung des Verkäufers eines dinglichen Nutzungsrechts für Bonität des Rechts? Hierwird man unter Bonität die Möglichkeit, unbehindert und mit Erfolg das Recht ausüben zu können, ververstehen. Nehmen wir an, A. habe die Ausübung seines am Obstgarten des B. bestehenden Niessbrauch-

[22]) vgl. Endemann a. a. O. I. 2 S. 698.

rechtes an C. verkauft, so ist es billig, dass er nicht dafür einzustehen braucht, dass die Bäume auch wirklich tragen, es sei denn, dass er es beim Kaufvertrag wörtlich versichert hat. Ebenso wird beim Verkaufe eines Erbbaurechts der Verkäufer nicht dafür haftbar gemacht werden können, dass infolge des, wie sich beim Bau einer Anlage herausstellt, sumpfigen Untergrundes der Bau nicht ausführbar wird. Natürlich wird der Verkäufer auch hier im Falle des dolus oder der Garantieübernahme haftbar sein. Im übrigen wird auf das im § 7 Gesagte Bezug genommen.

§ 15.

Was schliesslich die Haftung für ädilicische Mängel anlangt, so gilt dasselbe, wie beim Verkauf von Forderungen. Die betreffenden Bestimmungen kommen also hier nicht in Anwendung.[1] Für das B.G.B. wenigstens gilt dies für jeden Fall. Allerdings behauptet Cosack,[2] »dass auf den Verkauf von Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen, die §§ 459 fg. in analoger Anwendung aus § 493 anwendbar seien.« § 493 spricht aber nur davon, dass die Vorschriften zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache auf andere Verträge, wie Tausch, Hingabe an Zahlungstatt, Vergleich etc. entsprechende Anwendung finden sollen. Es handelt

[1]) anderer Meinung Arndts: Pand. S. 610.
[2]) Cosack: Bürgerliches Recht 1 § 131.

sich also doch hier nur um die Art des Veräusserungsvertrages, nicht um das Kaufobjekt. Aus der ganzen Fassung des § 451 geht aber hervor, dass die Rechte, die zum Besitz der Sache berechtigen, nicht von den §§ 459 fg. betroffen werden sollen, da für diese Rechte in dem § 451 genau aufgezählt ist, welche Bestimmungen für sie in Betracht kommen sollen, und der Gesetzgeber dann die Mängelhaftung doch auf jeden Fall hätte erwähnen müssen. Dagegen kommen nach § 451 die Regeln über die Gefahrtragung beim Verkauf einer Sache auch für das zum Besitz berechtigende Recht zur Anwendung. Doch ergeben sich daraus keine besonderen Verpflichtungen für den Verkäufer. Er hat daher nur die Gefahr des zufälligen Untergangs der zum Besitz berechtigenden Sache bis zur Übergabe an den Käufer zu tragen.

Eine für den Verkäufer der Ausübung eines Niessbrauchs sich ergebende Verpflichtung besteht nach § 1051 noch darin, dass er auf Verlangen des Eigentümers ihm Sicherheit leisten muss, wenn durch den Ausübungsberechtigten eine erhebliche Verletzung des Eigentumsrechtes droht. Denn der Niessbraucher muss für die aus der Person des Ausübenden sich ergebenden Schäden aufkommen.

§ 16.

Bezüglich der Kostentragung gilt bei dem Verkäufer der dinglichen Nutzungsrechte nach gemeinem Rechte, wo es ein Grundbuch nicht giebt, dasselbe wie

beim Forderungsverkauf. Der Verkäufer muss die Kosten des Kaufaktes, da er im beiderseitigen Interesse abgeschlossen, zur Hälfte, und diejenigen der Übertragung auf Grund seiner Übereignungspflicht ganz tragen.

Anders im B.G.B. wo die Eintragung ins Grundbuch in Frage kommt. Bezüglich der Kosten des Kaufaktes bestimmt B.G.B. § 449, dass beim Verkaufe eines Rechts an einem Grundstück der Käufer die Kosten der zur Übertragung des Rechts nötigen Eintragung in das Grundbuch mit Einschluss derjenigen zu tragen hat, welche durch die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen sowie durch die Beurkundung des Kaufes entstehen. Beim Verkauf eines Erbbaurechts treffen daher den Käufer sämmtliche Kosten; beim Verkauf der Ausübung eines Niessbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, derenÜbertragung nicht in das Grunebuch eingetragen wird, nur, soweit er eine Beurkundung der Anspruchsübertragung verlangt.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1 Einleitung. 8

I. Teil.

Die Verpflichtungen des Verkäufers beim Verkauf eines Forderungsrechts.

§ 2 a. Veräusserlichkeit der Forderungen. . . 9—11

b. Aus der Cession:

§ 3 1. Auskunftserteilung. . . . . 11—15

§ 4 2. Herausgabe des nach der Cession Erlangten. . . . . 15—17

c. Aus dem Kaufvertrage:

§ 5 1. Rechtsverschaffung. . . . . 17—19

§ 6 2. Haftung für Verität. . . . . 19—31

§ 7 3. Haftung für Bonität. . . . . 31—36

§ 8 4. Ädilicisches Edikt. . . . . 36—37

§ 9 5. Kostentragung. 38

II. Teil.

Die Verpflichtungen des Verkäufers beim Verkauf eines dinglichen Nutzungsrechtes.

§ 10 a. Veräusserlichkeit der dinglichen Nutzungsrechte. . . . . 39—51

Seite

§ 11 b. Verpflichtungen aus der Cession des dinglichen Anspruchs . . . . . 52—56

c. Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage.

§ 12 1. Rechtsverschaffung . . . . . 56—66

§ 13 2. Haftung für Verität und Eviktion . . . 66—77

§ 14 3. Haftung für Bonität . . . . . 77—78

§ 15 4. Ädilicische Mängel . . . . . 78—79

§ 16 5. Kostentragung . . . . . 79—80